Pubblicato il 26/02/2021

N. 01301/2021 REG.PROV.COLL.

N. 03604/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3604 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pozzuoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dagli avvocati Roberto Invernizzi e Alex Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo e l'atto recante motivi aggiunti:

di tutti gli atti e provvedimenti adottati nel corso della procedura indetta dal Comune di Pozzuoli per l'affidamento del servizio per la gestione integrata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati con il sistema "*porta a porta integrale*" della durata di 5 anni, ivi compresi:

a) la determinazione n. -OMISSIS- del 5.8.2020 di aggiudicazione dell'appalto, nonché la Pec del 5.8.2020 di comunicazione, ed il visto di regolarità contabile allegato alla determinazione n. -OMISSIS-/2020;

b) tutti i verbali di gara, ivi inclusi quelli delle tre sedute pubbliche (del 17.6.2020, del 24.6.2020, del 29.7.2020) e quelli delle quattro sedute riservate (del 1.7.2020, del 7.7.2020, del 16.7.2020, del 21.7.2020), gli avvisi relativi alla convocazione delle sedute pubbliche e la nota prot. -OMISSIS-del 30.7.2020;

c) la proposta di aggiudicazione;

d) nonché, laddove ritenuto utile, il bando, il disciplinare di gara, il capitolato speciale d'appalto, i chiarimenti, i provvedimenti di nomina della commissione, e tutti gli atti costituenti la *lex specialis*, nelle parti in cui lesivi per l'istante;

e per la dichiarazione di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata;

per quanto riguarda il ricorso incidentale:

degli atti adottati nel corso della procedura *de qua*, nella parte in cui è stata con essi disposta l'ammissione alla gara della ricorrente principale Teknoservice, e in particolare:

a) i verbali di gara, della prima e seconda seduta pubblica, tenutesi in data 17.6.2020, e 24.6.2020;

b) la determinazione n. -OMISSIS- del 5.8.2020 di aggiudicazione dell'appalto, nella parte in cui approva la graduatoria confermando l'ammissione di Teknoservice.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pozzuoli, di -OMISSIS-. e della -OMISSIS-.;
Visto il ricorso incidentale esperito dalla -OMISSIS-;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella udienza del giorno 9 febbraio 2021 -svoltasi da remoto con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del D.L. n. 183/2020, e al D.P.C.S. del 28.12.2020- Rocco Vampa.
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Pozzuoli indiceva, con determina dirigenziale n. -OMISSIS- del 30.4.2020, una gara per l'affidamento del "*servizio per la gestione integrata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati con il sistema porta a porta integrale per la durata di 5 anni*", da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.
1.1. All'esito della disamina delle offerte, con determina n. -OMISSIS- del 5 agosto 2020 il Comune disponeva la aggiudicazione dell'appalto in favore della odierna controinteressata e ricorrente incidentale, collocatasi al primo posto in graduatoria.
1.2. La ricorrente presentava, indi, istanza di accesso agli atti di gara, ottenendo copia dei verbali di gara e della documentazione amministrativa ed economica della impresa aggiudicataria, ma non anche la sua offerta tecnica.

1.3. Avverso tale provvedimento di aggiudicazione insorgeva la società ricorrente avanti questo TAR, ad unico mezzo di gravame essenzialmente deducendo:

- Violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. 3 Eccesso di potere (difetto di istruttoria; difetto di motivazione; disparità di trattamento), per avere la Amministrazione omesso di compiutamente valutare la rilevanza delle molteplici vicende dichiarate dalla aggiudicataria e la loro idoneità ad integrare il "*grave illecito professionale*" di cui è menzione all'art. 80, comma 5, lett. c), d.gs. 50/16, mancando altresì di dare evidenza e contezza della disamina all'uopo compiuta, in violazione dell'obbligo di motivazione; e ciò, in particolare, avuto riguardo: *i)* al procedimento penale a carico di uno degli esponenti apicali della aggiudicataria, pendente avanti il Tribunale di Avellino per il reato di riciclaggio; *ii)* al procedimento penale a carico di esponenti apicali della aggiudicataria innanzi al Tribunale di Latina che, sebbene conclusosi con sentenza del 2019 con cui si dichiarava la avvenuta prescrizione dei reati ascritti, concerneva ipotesi criminose di truffa e frode nelle pubbliche forniture, relative alla esecuzione di un appalto con il Comune di Ponza e giustificanti la adozione di misure cautelari; di qui l'obbligo per la stazione appaltante di escludere la controinteressata ovvero, quanto meno, di attivare una specifica istruttoria e di autonomamente valutare –e motivare- la potenziale rilevanza di quei fatti e la loro eventuale qualificazione nei termini di "*grave illecito professionale*" legittimante la esclusione dalla procedura concorsuale che ne occupa.

Il gravame era, altresì, corredato da istanza istruttoria, volta alla acquisizione della offerta tecnica della aggiudicataria, richiesta alla Amministrazione civica ma da quest'ultima non ancora ostesa.

1.4. Si costituiva il Comune di Pozzuoli, instando per la reiezione del gravame.

1.5. Si costituiva, altresì, la società aggiudicataria, instando per la reiezione del gravame principale e proponendo, altresì, ricorso incidentale pel tramite del quale

si censurava l'azione del Comune nella parte in cui si era disposta l'ammissione alla gara della ricorrente principale, e ciò sulla scorta dei motivi che in appresso si compendiano:

- violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e lett. f-*bis*); eccesso di potere per carenza di istruttoria, errore sui presupposti, insufficienza, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, per non avere la Amministrazione escluso la ricorrente principale in ragione del grave illecito professionale da questa posto in essere nella esecuzione di un contratto di appalto con il Comune di Vico del Gargano, fondante la risoluzione del contratto dichiarata dal Tribunale di Bari con sentenza n. 3587 del 16 agosto 2018; d'altra parte, proprio tale vicenda giudiziale sarebbe stata sottaciuta dalla ricorrente principale in occasione della partecipazione ad altre gare, con conseguente esclusione sancita con due provvedimenti giurisdizionali;

- violazione della *lex specialis* di gara; violazione dell'art. 6.3, primo comma, lett. a) del disciplinare di gara; eccesso di potere per errore sui presupposti e carenza di istruttoria; la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per non avere adeguatamente comprovato il possesso del requisito esperienziale costituito dall'espletamento continuativo, per almeno 24 mesi nel triennio antecedente, di analogo servizio per un ente con popolazione non inferiore a 80.000 abitanti, generici appalesandosi le dichiarazioni all'uopo prodotte in relazione al servizio espletato in ATI in favore di una Amministrazione comunale e di una società.

1.6. Con successivo atto recante motivi aggiunti, di poi, la ricorrente principale appuntava le proprie ulteriori censure sul procedimento penale ancora pendente per il reato di riciclaggio, rimarcando, sulla scorta della disamina dell'atto di rinvio a giudizio, la incompletezza della dichiarazione all'uopo resa dalla aggiudicataria, stante: *i)* la riferibilità del procedimento penale –oltre che alle due persone fisiche indicate nelle dichiarazione prodotta in sede di gara- anche a due ulteriori

esponenti della impresa aggiudicataria (consigliere e procuratore speciale e socio di minoranza); *ii*) la natura delle accuse, attinenti al pagamento di false fatture, operato al fine di "*consentire il riciclaggio di denari evasi*" da una impresa terza; *iii*) la pluralità dei conti correnti utilizzati per le operazioni contestate; di qui:

i) il carattere *falso e fuorviante* delle dichiarazioni all'uopo rese dalla aggiudicataria, suscettibili di integrare la diversa causa di esclusione contemplata all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*) d.lgs. 50/16 anche, se del caso ed in via gradata, all'esito di una rinnovata valutazione da parte del Comune;

ii) il vizio di carenza di istruttoria e di disparità di trattamento che affliggerebbe l'operato della Amministrazione che, nel mentre provvedeva a chiedere alla ricorrente principale lumi sulla vicenda afferente alla risoluzione del contratto con il Comune di Vico del Gargano, rimaneva inerte con riferimento alle dichiarazioni rese dalla impresa di poi aggiudicataria, che peraltro "*si sono dimostrate alquanto 'imprecise'*".

1.7. Si costituiva, altresì, in data 24 novembre 2020 la Impresa -OMISSIS- senza, per vero assumere veruna conclusione.

1.8. Illustrate le rispettive posizioni con memorie e atti di replica, la causa veniva al fine introitata all'esito della udienza del 9 febbraio 2021, svoltasi da remoto con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del D.L. n. 183/2020, e al D.P.C.S. del 28.12.2020.

DIRITTO

2. Va accordata priorità allo scrutinio del gravame principale e dei correlati motivi aggiunti.

2.1. E ciò in quanto la infondatezza del ricorso principale e dell'atto recante motivi aggiunti, con la consequenziale conferma delle gravate determinazioni ed il

giudiziale consolidamento del bene della vita siccome con quelle determinazioni acquisito dalla impresa aggiudicataria:

- depriva di interesse il ricorso incidentale;

- vale *ex se* a definire il giudizio.

2.1.1. La *potiore* disamina del gravame principale, in altre parole, si impone anche in ossequio al principio dei economicità ovvero della "ragione più liquida".

2.1.2. E, invero, "*mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità dell'aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale*" (ancora da ultimo, CdS, III, 9 febbraio 2021, n. 1221).

2.1.3. Ciò che vale a giustificare la disamina in via prioritaria di esso gravame principale e dei correlati motivi aggiunti.

2.2. Va, all'uopo e *in limine*, rigettata la istanza istruttoria proposta dalla ricorrente principale *ab origine*, e ancora da ultimo reiterata in vista della udienza di trattazione.

2.2.1. Trattasi invero di una istanza, volta alla esibizione da parte della Amministrazione civica della offerta tecnica presentata dalla impresa aggiudicataria:

- estranea al *thema decidendum*, ed alla correlata *potestas iudicandi* di questo TAR, siccome insuperabilmente delimitato dai motivi ritualmente veicolati pel tramite del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti;

- aliena, indi, dalla *causa petendi*, ovvero dal *petitum* sostanziale della domanda azionata dalla ricorrente principale, che afferisce irrefragabilmente al solo segmento procedimentale della ammissione (ovvero della mancata esclusione) alla gara della impresa di poi risultata aggiudicataria, a cagione di una "menda"

afferente, per così dire "staticamente", al *soggetto* ed alla sua *onorabilità* ed integrità professionale, e non già e non certo al *contenuto della offerta tecnica* presentata;

- con la quale, a ben vedere, si tenta di surrettiziamente censurare il contegno serbato dalla stazione appaltante in relazione alla istanza di accesso presentata in via amministrativa, in assenza dell'esperimento dei rimedi apprestati dall'ordinamento (art. 116 c.p.a.), anche in via *endoprocessuale* (comma 2 di esso art. 116).

2.2.2. Di qui:

- la irrilevanza, ai fini del decidere, della produzione in giudizio della offerta tecnica della aggiudicataria, trattandosi di documento afferente ad una fase "altra" e successiva rispetto a quella, relativa alla ammissione dei concorrenti, che solo quivi viene in rilievo;

- la inesistenza, indi, dei presupposti normativamente contemplati agli artt. 63, comma 2, e 64, comma 3, c.p.a., mancando *ab imis* qualsivoglia nesso di *strumentalità e/o utilità* tra la invocata acquisizione documentale e lo spettro decisorio di questo TAR;

- la inammissibilità di una istanza istruttoria di tal fatta, in mancanza della rituale attivazione dei mezzi di reazione *ex lege* contemplati all'art. 116 c.p.a., e tipicamente finalizzati giustappunto a censurare il diniego di ostensione, ovvero il contegno renitente serbato dalla Amministrazione sulla domanda di accesso formulata dalla ricorrente principale.

2.3. Nel merito, conviene principiare dalla disamina dell'atto recante motivi aggiunti, pel tramite del quale la ricorrente principale lamenta il carattere falso e/o fuorviante della dichiarazione resa dalla impresa aggiudicataria con riferimento al procedimento penale, a carico di taluni esponenti apicali di essa aggiudicataria, ancora pendente avanti il Tribunale di Avellino.

2.3.1. E, invero, la *quaestio* afferente alla concreta latitudine degli obblighi dichiarativi *de quibus* –gravanti in capo ai partecipanti ad una gara pubblica- assume carattere preliminare, e pregiudiziale, rispetto a quella invocata con il ricorso introduttivo, attinente ai presupposti (*an*) e al *quomodo* del successivo *officium valutativo* –spettante alla stazione appaltante- volto a disvelare la eventuale sussistenza di "*gravi illeciti professionali*" colpevolmente ascrivibili alla aggiudicataria.

2.3.2. Gli obblighi dichiarativi assumono giustappunto valenza *ancillare e strumentale* ad un consapevole esercizio della *potestas* discrezionale demandata alla Amministrazione per effetto della clausola generale, residuale e di chiusura di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/16, e funzionale alla esclusione dalla gara delle imprese concorrenti che non offrano idonee garanzie di integrità e di affidabilità a cagione di precedenti condotte *lato sensu* illecite (TAR Campania, I, 27 novembre 2020, n. 5585).

2.4. Va in via liminare rilevato che il contegno reticente e/o mendace che la ricorrente ascrive alla aggiudicataria con i motivi aggiunti:

- afferisce alla dichiarazione da quest'ultima resa in relazione al procedimento penale pendente avanti il Tribunale di Avellino dal 2008, e si sostanzierebbe nell'avere sottaciuto diverse informazioni reputate rilevanti (nominativi di due ulteriori esponenti apicali della società, *id est* di un consigliere nonché procuratore speciale, oltre che di un socio di minoranza; numero dei conti correnti utilizzati per l'ipotizzato reato di riciclaggio; natura del reato e delle operazioni che lo avrebbero integrato);

- va sussunto, sulla scorta dell'insegnamento da ultimo reso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 16/2020), nel paradigma normativo di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), d.lgs. 50/2016, a tenore del quale "*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico (…) qualora: ..c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo*

decisionale della stazione appaltante (…) oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione";

- implicherebbe, ove effettivamente sussistente, non già la esclusione *tout court* della impresa "reticente" o "mendace", bensì il *munus* per la stazione appaltante di provvedere ad una rinnovata valutazione della concreta incidenza del fatto in questione sulla professionale affidabilità della impresa aggiudicataria; un riesame, indi, che andrebbe condotto sulla scorta di un quadro informativo completo ed esauriente, disvelato in tutti i suoi contorni, compresi quelli inizialmente *non dichiarati* dalla aggiudicataria e che, tuttavia, avrebbero dovuto essere acquisiti al patrimonio informativo della Amministrazione, onde consentirle *plena causae cognitio* e *tota re perspecta* la ponderazione connaturata e prodromica all'esercizio della *potestas* di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/16;

- è estraneo alla logica sottesa all'art. 80, comma 5, lettera f-*bis*), d.lgs. 50/2016, e al naturale effetto escludente ivi contemplato; tale ultima norma, invero, introdotta dall'art. 49, comma 1, lett. d), del d.lgs. 56/17 (cd. correttivo al codice degli appalti) munisce di espressa *sanctio iuris* la condotta dell'operatore che produca documentazione falsa ovvero renda dichiarazioni false, al di là ed a prescindere dalla incidenza di una tale condotta sul processo decisionale della Amministrazione relativamente alla conduzione della gara; in tal guisa sancendosi l'autonoma rilevanza della natura mendace delle dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione ovvero dei documenti esibiti; da siffatta qualificazione di falsità discende il giudizio normativo di riprovevolezza e, quale portato di una *actio* amministrativa vincolata, la esclusione dell'operatore dalla gara.

2.4.1. E, invero, in coerenza con le ridette statuizioni della Adunanza Plenaria (decisione n. 16/20):

- l'ambito di applicazione della citata lettera f-*bis*), e l'automatico effetto escludente ivi contemplato, viene a "*restringersi alle ipotesi –di non agevole verificazione- in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'Amministrazione relativi all'ammissione, alla valutazione delle offerte o all'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima*";

- per contro, le informazioni omesse, false o fuorvianti, suscettibili di incidere, influenzare o alterare il *processo decisionale* della stazione appaltante, prodromico alle determinazioni afferenti alla conduzione delle gara (ammissioni, esclusioni, valutazioni delle offerte o *quodammodo* impingenti nel corretto ed imparziale svolgimento della procedura concorsuale) non comportano un "*automatismo espulsivo*", essendo di contro indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante volta a stabilire "*se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante*", ovvero se la stessa è suscettibile di sviare le valutazioni della Amministrazione in quanto ha ad oggetto una informazione potenzialmente rilevante (perché astrattamente incidente sul giudizio di affidabilità della impresa), e se tale comportamento fuorviante (*misleading*) "*incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità*"; in sostanza spetterà alla stazione appaltante: *i*) individuare la effettiva esistenza di un contegno fuorviante ovvero integrante una omissione di informazioni rilevanti, sia "*perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità*" *ii*) apprezzare il grado di disvalore *ex se* di tale contegno reticente e fuorviante e la sua eventuale qualificazione in termini di grave illecito professionale;

- in tal modo il giudizio sulla violazione degli obblighi informativi e dichiarativi *ex* lettera c-*bis*) -*ancillari e strumentali* allo scrutinio circa la sussistenza di gravi illeciti professionali- assume coerentemente, e *specularmente*, la medesima

natura discrezionale, e per ciò stesso demandata alla Amministrazione, che pacificamente connota l'*officium* volto alla allegazione e alla dimostrazione di tali violazioni professionali *ex* lettera c);

- trova vieppiù conferma la prospettiva esegetica che connota in termini di *stretta strumentalità* gli obblighi informativi gravanti in capo ai partecipanti alla procedura (CdS, V, 19 febbraio 2021, n. 1496 sulla scia di CdS, a.p., n. 16/20; cfr., già TAR Lombardia, I, 15 novembre 2019, n. 2421; TAR Campania, I, 5585/20, cit.).

2.4.2. Di talchè, *accessorium sequitur principale*.

Quel che conta, indi, è la rilevanza delle informazioni da rendere (cd. "*material information*"), *id est* la loro idoneità ad incidere sull'*officium* delibativo e sul processo decisionale della stazione appaltante, prodromico alle scelte afferenti alla ammissione ovvero alla esclusione degli operatori dalla gara.

2.4.3. E' evidente, invero, che il contegno patologico contemplato all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), d.lgs. 50/2016 (omissione, reticenza ovvero trasmissione di informazioni false o fuorvianti) in tanto può assumere effettiva significanza in quanto la informazione in questione (*rectius*, la sua corretta, completa ed esatta rappresentazione) possa e debba ragionevolmente entrare nella sfera di conoscenza/conoscibilità di una "diligente" stazione appaltante, al fine di:

- consentirle una consapevole formazione della volontà;
- correttamente orientarne le determinazioni;
- assicurare, in definitiva, il corretto e trasparente espletamento della procedura concorsuale.

2.5. Nel caso che ne occupa, lo scrutinio *ex post* della legittimità dell'operato della società aggiudicataria e, segnatamente, la qualificazione delle dichiarazioni da essa rese con riferimento al procedimento penale pendente per fatti di riciclaggio, non può che prendere le mosse dalla retta individuazione e delimitazione *ex ante* dell'obbligo dichiarativo (asseritamente infranto, ovvero malamente o non

esattamente adempiuto) gravante in capo ai partecipanti alla procedura, ovvero ragionevolmente esigibile da operatori professionalmente qualificati.

2.5.1. E' evidente, invero, la necessità di circoscrivere la effettiva latitudine dell'obbligo di dichiarazione *de quo agitur*, con riferimento a tutti i fatti e le circostanze che anche solo *in abstracto* siano suscettibili di incidere sul processo decisionale della stazione appaltante, e ciò al fine (TAR Lombardia, I, 2421/19, cit.):

- *a latere oggettivo*, di "causalmente orientare" e, per così dire, di selezionare le informazioni *in abstracto* suscettibili di arrecare una propria *utilitas* all'azione della Amministrazione, scongiurando il rischio di un profluvio di informazioni inidonee alla bisogna (plasticamente rappresentato dalla massima di comune esperienza, per cui "troppe informazioni, nessuna informazione");

- a *latere soggettivo*, di puntualmente individuare il contegno *ragionevolmente esigibile* in capo all'operatore che partecipa alla gara, pur tenendo conto della soglia di diligenza particolarmente elevata che ne deve informare l'*agere* (art. 1176, comma 2, c.c.).

2.5.2. A tal fine, non possono non venire in rilievo, *in limine*, le ipotesi suscettibili di determinare la esclusione del partecipante dalla gara: *necessarie, ed esigibili* dal partecipante alla gara, sono tutte le *informazioni utili* all'esercizio, da parte della stazione appaltante, di tale indefettibile *munus* di esclusione "*in qualunque momento della procedura*" dell'operatore economico che "*si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5*" (art. 80, comma 6).

2.5.3. Siccome sopra rilevato, la natura *ancillare e strumentale* dell'obbligo di informazione, rispetto alle ipotesi legittimanti la esclusione, vale a disvelarne l'effettivo contenuto.

Le informazioni da fornire alla stazione appaltante –ed i correlati obblighi gravanti in capo ai concorrenti- sono quelle che, anche solo in linea di principio, la Amministrazione dovrebbe ottenere per poter esplicare appieno, *plena cognitio*, la propria *potestas* di conduzione della gara e di aggiudicazione della pubblica commessa all'offerente "migliore", anche perchè pienamente affidabile sotto il profilo della onorabilità e professionalità.

2.6. *Nulla quaestio*, quindi, sulle cause di esclusione *tipicamente* contemplate dalla legge, laddove viene assegnata normativa rilevanza *ex se* (senza che residui alcun margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante) a provvedimenti pel tramite dei quali è stata accertata da Autorità "altre" (rispetto alla stazione appaltante) la violazione di precetti penalmente rilevanti (sentenze di condanna penale) ovvero la commissione di illeciti amministrativi (ad opra delle competenti Autorità amministrative).

2.6.1. Anche lo *spatium temporis* di durata della "valenza" inibitoria è puntualmente individuato:

- dallo stesso provvedimento giurisdizionale (durata della pena accessoria della incapacità a contrattare) ovvero dal provvedimento amministrativo (durata del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione discendente dai provvedimenti interdittivi);
- ovvero, dallo stesso art. 80 del d.lgs. 50/16, che al comma 10-*bis* (siccome inserito dal d.l. 32/19, conv. con modificazioni dalla l. 55/19) puntualmente delimita e circoscrive la efficacia temporale della valenza ostativa, oltre che delle sentenze di condanna, di altri atti di accertamento (provvedimenti amministrativi di esclusione, ovvero altri atti da cui risultino condotte illecite o idonee a minare la integrità professionale e la affidabilità dell'operatore) ovvero da cui emergano fatti disdicevoli per la onorabilità e/o la reputazione professionale della impresa.

2.6.2. Si è in presenza, in questi casi, del fenomeno, ben noto alla teoria generale, della cd. *digressione dell'atto in fatto*: la sentenza, il provvedimento amministrativo di accertamento della violazione ovvero ogni altro atto –anche adottato nel corso di un procedimento penale, quale ad esempio un decreto di rinvio a giudizio ovvero misure cautelari- sono presi in considerazione da *altra* norma, e ad *altri* fini, per inferirne un giudizio, normativo ovvero demandato al discrezionale divisamento della Amministrazione, di "*incapacità*" o di "*inaffidabilità*" per un determinato periodo temporale.

2.7. Oltre a situazioni definitivamente accertate (in sede penale, amministrativa o civile), non è precluso alla Amministrazione il potere di valutare gli atti e i fatti oggetto di giudizi penali, amministrativi o civili *pendenti* - ovvero non definiti con accertamenti di responsabilità della impresa (o dei suoi esponenti apicali) - ai fini della emanazione del provvedimento di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/16, e all'art. 57, comma 4, lett. c), dir. 2014/24/UE.

2.7.1. La autonoma *potestas* di verifica e di dimostrazione con *mezzi adeguati*, della eventuale ricorrenza in concreto di un "*grave illecito professionale*" - che irremissibilmente pertiene alla stazione appaltante, all'esito di una valutazione "caso per caso", in contraddittorio con l'interessato ed in ossequio ad un principio di "*giustizia del caso concreto*"- non è, invero, impedito:

- dalla assenza di una condanna penale irrevocabile (CGUE, IV, 20 dicembre 2017, in causa c-178/16) ovvero dalla mera pendenza di un procedimento penale (con la assenza financo di una prima pronunzia di condanna CGUE, 11 dicembre 2014, in causa c-440/13, § 28);
- dalla pendenza di un giudizio avverso un provvedimento di risoluzione di una appalto ovvero di una esclusione da una gara (CGUE 19 giugno 2019, in causa c-41/18) o di ogni altro accertamento di fatto illecito potenzialmente incidente sul giudizio di integrità professionale della impresa.

2.7.2. Le previsioni di cui all'art. 80, comma 10-*bis*, secondo e terzo periodo, del d.lgs. 50/16 introdotte con il d.l. 32/19, convertito nella l. 55/19, valgono proprio a soddisfare le esigenze espressamente rimarcate dai Giudici di Lussemburgo nella pronunzia da ultimo citata (c-41/18):

- *attribuendo* (*an*) alla stazione appaltante il potere-dovere di autonoma valutazione dei fatti, pur non definitamente acclarati perchè ancora *sub iudice*, rimarcando *apertis verbis* che "*nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione (…)*" (terzo periodo del comma 10-*bis*);

- epperò *temporalmente delimitando* (*quando*) tale potere, che in ogni caso non può essere esercitato a distanza di oltre tre anni dal *fatto rilevante*.

2.7.3. E' ben vero, infatti, che il *proprium* della clausola generale e di chiusura che ne occupa è giustappunto da rinvenire nella *voluntas* di attribuire alla stazione appaltante - al di là ed a prescindere da accertamenti giurisdizionali o amministrativi ad opra di Autorità "altre" (Giudice penale o civile, ovvero Autorità di vigilanza e/o deputate all'accertamento di illeciti e alla irrogazione di sanzioni amministrative) – *l'autonomo munus* di valutazione di fatti *quodammodo* incidenti sulla onorabilità e sulla professionalità del partecipante alla procedura.

2.7.4. Non è dunque in discussione la importanza - ai fini del corretto svolgimento della procedura e di un esercizio consapevole dell'*autonomo officium* valutativo demandato alla Amministrazione - anche di informazioni relative a fatti oggetto di un procedimento penale non ancora conchiuso con condanna irrevocabile, o ancora pendente in primo grado, ovvero di un giudizio civile e amministrativo *in itinere*, in cui si contesta il "*fatto integrante un illecito professionale*"; chè, come stigmatizzato dai Giudici dell'Unione, diversamente opinando "*il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE conferisce all'Amministrazione aggiudicatrice è* [sarebbe] *paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto*

pubblico", finendo peraltro per non incoraggiare "*manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata menata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie (…) in contrasto con le prescrizioni di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24*" (CGUE, c-41/18, cit., §§ 38 e 39).

2.7.5. Epperò, una volta sancita la sussistenza nell'*an* del potere –da esercitarsi, dunque, anche in assenza di accertamenti definitivi- non può non venire in rilievo:

- lo *spatium temporis* di "rilevanza" di dette informazioni, afferenti a fatti *sub iudice*;
- il *tempus* per l'esercizio del potere discrezionale, specularmente connesso al limite temporale che pure risulta connotare detta potestà financo in caso di accertamenti definitivi.

2.7.6. Tale limitazione temporale, per vero, risulta altresì caratterizzare anche le situazioni *ex se* escludenti, ed è chiaramente contenuta:

- all'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, ove è demandata agli Stati membri la determinazione del "*periodo massimo di esclusione*" stabilendo, nondimeno, che "*se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1*", e "*i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4*", *id est* anche nei casi di esclusione per "*gravi illeciti professionali*";
- nello stesso considerando 101 della direttiva, secondo periodo, ove è ben rimarcato che con riferimento alle "*esclusioni facoltative*" –*rectius*, adottate nell'esercizio di poteri discrezionali, ivi compresi quelli conseguenti alla formulazione di un giudizio di inaffidabilità conseguente alla adeguata dimostrazione di gravi illeciti professionali- "*il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni*";
- all'art. 80, comma 10-*bis*, del codice, ove è testualmente dato leggere che "*nei casi di cui al comma 5*" - e, quindi e per quel che quivi viene in rilievo, anche nell'esercizio della discrezionale *potestas* "espulsiva" conseguente all'apprezzamento

della esistenza di gravi illeciti professionali dell'operatore, a' sensi della lettera c) di esso comma 5 - la durata della esclusione, *recte* lo s*patium temporis* di rilevanza della condotta "illecita", è "*pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza*"; sul punto si è chiarito, in guisa condivisibile, che "*laddove il legislatore utilizza l'espressione 'durata dell'esclusione' e fa riferimento ai 'casi di cui al comma 5', è come se dicesse 'la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5', corrisponde al triennio*" (CdS, V, 29 ottobre 2020, n. 6635; Id., id., 5 agosto 2020, n. 4937).

2.7.7. E, d'altra parte, il comma 10-*bis* dell'art. 80 è stato introdotto, oltre che per avvalorare la esistenza nell'*an* del potere di esclusione anche *pendente iudicio*, per dare altresì risposta alla ineludibile esigenza imposta dal diritto dell'Unione "*di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che col passar del tempo le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità del concorrente e possano ritenersi superate dalla regolare continuazione dell'attività di impresa*" (CdS, V, 6635/20, cit.).

2.7.8. Di talchè - coerentemente alla necessità di preventivamente determinare il lasso temporale di "*soggezione*" della impresa alla potestà amministrativa potenzialmente foriera di effetti lesivi della propria sfera di libertà di iniziativa economica - e anche in ossequio ai principi generali di *certezza*, di *ragionevole affidamento* (CGUE, 2 giugno 2016, Pizzo, c-27/15; CGUE, 2 maggio 2019, c-309/18) di *prevedibilità* e di *calcolabilità* delle conseguenze perniciose potenzialmente rivenienti dall'*agere* "illecito" di essa impresa:

- l'effetto ostativo *ex lege*, di "incapacità a contrattare", riveniente da una sentenza di "condanna definitiva", è astretto ai limiti temporali espressamente contemplati all'art. 80, comma 10 (a seconda dei casi: perpetua salvo che la pena sia dichiarata

estinta, ovvero pari a sette e cinque anni, secondo le ipotesi partitamente elencate alle lett. a), b), e c)) e 10-*bis*, primo periodo (durata della "incapacità" commisurata alla durata della pena principale inflitta con la irrevocabile sentenza di condanna);

- tale limitazione temporale astringe anche il potenziale effetto escludente discendente da accertamenti definitivi di illeciti amministrativi -ovvero di vicende patologiche afferenti a precedenti contratti di appalto- in ossequio al dettato sovranazionale (considerando 101 e art. 57, par. 7, direttiva) e al nuovo comma 10-*bis*, secondo periodo, dell'art. 80;

- analogamente, il potenziale effetto "escludente" -non discendente direttamente dalla legge ma dal discrezionale apprezzamento della stazione appaltante *ex* lettera c) del comma 5 dell'art. 80- non può reputarsi sussistente *in perpetuum* (*melior*, fintantochè perduri il giudizio) anche ed *a fortiori* nelle ipotesi, quali quelle che quivi vengono in rilievo, in cui di accertamenti definitivi o di sentenze di condanna non è parlarsi.

2.7.9. Ciò che accomuna, "per così dire in negativo", i fatti potenzialmente rilevanti per la potestà discrezionale di esclusione per "*gravi illeciti professionali*", è la inesistenza di una sentenza penale di condanna irrevocabile; chè, in tale ultimo caso, l'effetto ostativo discende direttamente dalla legge, con la *praesumptio iuris et de iure* di inaffidabilità tipica del giudizio normativo e della valutazione legale tipica.

2.7.10. In assenza di una tale sentenza definitiva di condanna, i fatti suscettibili di valutazione da parte della stazione appaltante possono essere i più disparati: illeciti amministrativi, eventi di patologia negoziale relativi a pregressi rapporti professionali intrattenuti dall'operatore, fatti e condotte oggetto di procedimento penale ancora pendenti, ovvero non conclusi con una sentenza penale di condanna.

2.7.11. Di talchè, anche a tali fatti e condotte "*per ragioni di coerenza con le modalità di calcolo del termine previsto per i motivi obbligatori di esclusione, ma anche di prevedibilità e di*

certezza del diritto" (così, CGUE, IV, 24 ottobre 2018, in causa c-124/17), può riconoscersi valenza ostativa (*recte*, potenzialmente "ostativa", all'esito dell'apprezzamento della stazione appaltante) per un periodo in ogni caso non superiore a tre anni decorrenti:

- dalla data del loro accertamento definitivo (non in sede penale, ovviamente), perché promananti da un provvedimento amministrativo inoppugnabile ovvero giudizialmente confermato con sentenza passata in giudicato;

- dal momento in cui tali fatti –pur non definitamente accertati, in sede amministrativa o giudiziale- abbiano *quodammodo* assunto un peculiare grado di significanza e rilevanza, in quanto posti a fondamento di atti, provvedimenti e/o giudizi tipici, implicanti un preliminare vaglio della consistenza degli elementi di prova della sussistenza di detti fatti.

2.8. In particolare, in assenza di accertamenti definitivi, al fine di dare effettiva "concretezza" al ridetto termine triennale di "rilevanza" dovrà altresì individuarsi l'atto e/o il fatto da cui detto termine dovrà decorrere.

2.8.1. All'uopo, tale *dies a quo* sarà da rinvenire nel momento della adozione:

- di una decisione amministrativa, di acclaramento del "fatto" ascritto alla impresa, ancorchè *sub iudice* e non ancora irretrattabile;

- di un atto del procedimento penale (provvedimento di rinvio a giudizio, misure cautelari) idoneo a conferire al "fatto" addebitato una "*qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto (e non, dunque, la mera commissione del fatto in sé, cfr., in questo senso, CdS, III, 5 settembre 2017, n. 4192), anche se non contenuto in una sentenza definitiva di condanna*" (CdS, IV, 31 dicembre 2020, n. 8563); e, invero, "*il necessario rispetto delle rispettive competenze del giudice penale e dell'Amministrazione, laddove si verta in tema di fatti penalmente rilevanti, impone che la seconda ponga a fondamento delle sue determinazioni i soli fatti che siano sottoposti a preliminare controllo di attendibilità da parte del secondo*" (CdS, III, 2 febbraio 2021, n. 958).

2.8.2. In altre parole, la clausola "aperta" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/16, letta in combinato disposto con la "novella" del comma 10-*bis*, secondo e terzo periodo:

- amplia il ventaglio delle circostanze fattuali potenzialmente implicanti la esclusione dalla procedura, perché incidenti sulla integrità ed affidabilità dell'operatore, in esse espressamente ricomprendendovi quelle ancora *sub iudice* purchè, nel caso di procedimenti penali, sottoposte "almeno" ad una verifica giudiziale, ancorchè sommaria ed interinale (rinvio a giudizio, misure cautelari);
- amplia il relativo *munus delibativo* demandato alla stazione appaltante interessata, concretantesi in un giudizio sintetico da adottarsi all'esito del compiuto contraddittorio con l'interessato, obnubilando qualsivoglia automatismo espulsivo, in ossequio altresì al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione (CdS, A.P. 16/20; Tar Lombardia, I, 2421/19, cit.);
- presuppone le *medesime limitazioni temporali* che *naturaliter* connotano tutte le situazioni incidenti in senso sfavorevole sulla capacità giuridica e di agire della impresa (artt. 2 e 41 Cost.) - comprese quelle rivenienti *ex lege* dalla natura irrevocabile di sentenze di condanna per determinati reati (art. 80, commi 10 e 10-*bis*, primo periodo) – nella fattispecie da rinvenire nel periodo di tre anni di cui all'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 (e all'art. 80, comma 10-*bis*, secondo e terzo periodo, d.lgs. 50/16).

2.8.3. E, invero:

- se "*la giurisprudenza amministrativa ha, invero, ritenuto contrastante con il principio di proporzionalità una esclusione che trovi fondamento in una risoluzione in danno dell'impresa adottata più di tre anni prima della pubblicazione del bando di gara, ed ha individuato nel lasso temporale triennale un limite coerente con l'applicazione di tale principio di derivazione eurounitaria (Tar Lombardia, sez. IV, 23 marzo 2017, n. 705)*" (CdS, V, 6 maggio 2019, n. 2895; TAR Toscana, III, 26 giugno 2019, n. 955);

- analogamente, e *a fortiori*, tale limite triennale non può non trovare applicazione anche in relazione a fatti –quali quelli che rilevano nel presente giudizio- oggetto di un procedimento penale, epperò non mai accertati con sentenza di condanna.

2.8.4. D'altra parte:

- se la pendenza del procedimento penale -ovvero la sua conclusione senza una sentenza di condanna- o la pendenza di un giudizio di impugnazione avverso la decisione amministrativa di acclaramento di un illecito (ovvero avverso il provvedimento amministrativo di esclusione da una gara), non vale ad elidere la potenziale rilevanza escludente del fatto contestato a' sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/16, ben potendo e dovendo la stazione appaltante "*tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso*" (art. 80, comma 10-*bis*, ultimo periodo);

- allora la rilevanza di tale fatto non potrà perdurare per un lasso temporale più ampio di quello, triennale, che connota in via residuale tutte le cause "escludenti" diverse da quelle rappresentate da una irrevocabile sentenza penale di condanna.

2.9. E' questa la tesi che si reputa preferibile (CdS, III, 958/21; Id., IV, 8563/20; Id., V, 6635/20; *contra*, CdS, V, 1644/19; Id., id. 6530/18; Tar Lazio II-*quater*, n. 8821/20; cfr., sia pure in modo non espresso, CdS, V, 8 gennaio 2021, n. 307), volta a:

- legare indissolubilmente il limite temporale di cui all'art. 80, comma 10-*bis* (e all'art. 57, par. 7, direttiva 2014/24/UE) anche alla potestà discrezionale di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), pur quando essa si appunti su vicende ancora *sub iudice*;

- individuare il *dies a quo* di tale termine nel momento: *i)* della adozione della decisione amministrativa inoppugnabile (di esclusione da una gara ovvero di accertamento di un illecito amministrativo), ovvero dal verificarsi della risoluzione

di un contratto di appalto; *ii*) del passaggio in giudicato della sentenza che ne ha rigettato la impugnazione;

- nondimeno, e come sopra rimarcato, attribuire rilevanza al decorso del tempo e, dunque, al predetto limite temporale, anche in presenza di fatti non ancora acclarati in guisa irretrattabile;

- individuare il *dies a quo* del termine di tre anni, in tali ultimi ipotesi, nel momento della: *i*) adozione della decisione amministrativa ovvero dalla risoluzione di precedente contratto, oggetto di contestazione in un giudizio ancora pendente; *ii*) adozione di un atto del procedimento penale che valga ad attribuire rilevanza e significanza a determinate condotte (misure cautelari, decreto di rinvio a giudizio), pure in assenza di una pronunzia di condanna irrevocabile.

2.9.1. Una tale opzione ermeneutica si appalesa coerente con:

- il dettato sovranazionale, atteso che l'art. 80, comma 10-*bis* (e, ancor prima, il previgente comma 10), costituisce attuazione dell'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24, che demanda giustappunto agli Stati membri la fissazione del "*periodo massimo di esclusione*", con omnicomprensivo riferimento a *tutte* le cause di esclusione contemplate "*dal presente articolo*", sia quelle "*obbligatorie*" che quelle "*facoltative*", demandate cioè alla discrezionale valutazione dell'Amministrazione aggiudicatrice;

- le statuizioni rese dai Giudici dell'Unione, secondo cui il periodo massimo di tre anni entro cui la stazione appaltante può –nell'esercizio della sua discrezionalità- escludere da una gara il partecipante che si sia reso "colpevole" di violazioni del diritto della concorrenza, è da rinvenire nel momento di adozione del provvedimento sanzionatorio da parte della competente Autorità (CGUE, 24 ottobre 2018, causa c-124/17) ovvero di risoluzione anticipata di un contratto o concessione, ancorchè oggetto di contestazione giudiziale, ovvero da ogni altro atto rilevante assunto nel giudizio penale, e pel tramite del quale il fatto

sintomatico della inaffidabilità del concorrente abbia superato un primo, ancorchè interinale, filtro giudiziale.

2.9.2. Di qui la rilevanza del limite temporale anche per le ipotesi di "*esclusione facoltativa*" (rimessa alla autonoma valutazione della stazione appaltante), nel novero delle quali indubitabilmente rientrano quelle afferenti:

- a precedenti esclusioni da gare, ovvero ad "altri illeciti amministrativi", ivi compresi gli illeciti "anticoncorrenziali", come ancora chiarito dalla Corte di Lussemburgo, per cui "*una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che accerta una violazione delle norme in materia di concorrenza, non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza di un 'errore grave' necessita, in linea di principio, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31)*" (CGUE, 4 giugno 2019, causa c-425/18, § 34);

- ai fatti che quivi vengono in rilievo, oggetto di un procedimento penale ancora pendente nonché di un giudizio concluso con sentenza di *non luogo a procedere*.

2.10. In tal guisa circoscritte le ipotesi "potenzialmente escludenti", è agevole individuare la latitudine del relativo obbligo dichiarativo, correlata alla sua effettiva *esigibilità*.

2.10.1. La *tipicità* delle cause di esclusione e della *rilevanza* giuridica assegnata a determinati fatti per un certo arco temporale (ai fini della autonoma e discrezionale valutazione della P.A. sulla esistenza di gravi illeciti professionali), depone per la *chiarezza ed intellegibilità* dei relativi precetti, e non consente di nutrire dubbi di sorta sulla:

- *effettiva esistenza dell'obbligo* "dichiarativo" gravante in capo al concorrente, che non potrà non estendersi a tutte le situazioni ostative, nonchè a

quelle *tipicamente rilevanti* ai fini della valutazione discrezionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016 (sentenze penali di condanna, provvedimenti amministrativi di accertamento di violazioni tributarie o previdenziali, ovvero della normativa in tema di tutela della concorrenza; provvedimenti interdittivi della capacità di contrattare e di partecipare a gare indette dalla P.A; provvedimenti di esclusione da altre procedure concorsuali; procedimenti penali pendenti a carico di esponenti aziendali della impresa partecipante, ovvero conclusosi con sentenze che non escludano la sussistenza del fatto o la sua soggettiva ascrivibilità), *fintantochè tali situazioni perdurino nella loro giuridica rilevanza*, avuto riguardo anche allo *spatium temporis* siccome delimitato in via residuale dalla clausola di "chiusura" di cui all'art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. 50/16 (in ossequio all'art. 57, par. 7, della direttiva);

- *piena percepibilità* della esistenza di tali obblighi informativi in capo alla impresa partecipante e, dunque, sulla piena *esigibilità* di una condotta improntata alla massima trasparenza su tutti profili astrattamente idonei ad essere sussunti nelle suddette cause di esclusione, *ex lege* divisate ovvero demandate all'ufficio decisorio della Autorità aggiudicatrice.

2.10.2. Più problematica, per vero, può appalesarsi la individuazione del contenuto dell'obbligo dichiarativo in relazione alla congerie di tutte le altre ipotesi, non "tipizzate", epperò astrattamente suscettibili di eccitare la *potestas* discrezionale di esclusione contemplata all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/16.

2.10.3. La norma in esame, invero, attribuisce alla Amministrazione aggiudicatrice la potestà di regolazione e di divisamento degli interessi, e dunque di *disposizione dell'effetto giuridico*, stabilendo che ad essa compete la esclusione dalla gara allorquando sia data *dimostrazione con mezzi adeguati* che l'operatore economico si è reso colpevole di *gravi illeciti professionali*, tali da rendere *dubbia la sua integrità o affidabilità*.

Ciò che rileva, invero, è la idoneità delle condotte poste in essere in passato dalla impresa a minare o a mettere in dubbio la sua "*integrità ed affidabilità*" (CdS, V, 12 aprile 2019, n. 2407; Id., id., 586/19; Id. id., 72/19; CdS, III, 7231/18).

2.10.4. Già in relazione alla previgente direttiva, i Giudici dell'Unione avevano chiarito, invero, che la nozione di "*errore nell'esercizio della propria attività professionale comprende qualsiasi comportamento scorretto che incide sulla credibilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11; EU:C:2012:801, punto 27), la sua integrità o affidabilità*" (CGUE, 4 giugno 2019, c-425/18).

2.10.5. E' in tale discrezionale valutazione che risiede l'*ubi consistam* del delicato *officium* demandato alla stazione appaltante nel rapporto con i partecipanti alla procedura, al fine di:

- valutarne, in via *autonoma*, la affidabilità sulla quale poter fondare la fiducia che deve necessariamente riporsi nel soggetto di poi chiamato a realizzare i lavori o servizi pubblici, in ossequio altresì al dettato della direttiva (art. 57, par. 4, direttiva 2014/24);

- agire in ossequio al principio di *proporzionalità* che, secondo il considerando 101 della direttiva 2014/24, "*implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità*"; e, invero, se anche nell'esercizio di tale discrezionale potestà "*un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione*" (CGUE, 19 giugno 2019, cit., § 32).

2.10.6. La elasticità della norma di attribuzione e la ampiezza della discrezionalità all'uopo demandata alla stazione appaltante -prestando "*particolare attenzione*"

all'esercizio della proporzionalità, coerentemente ad una valutazione effettuata "*caso per caso*" dalla Amministrazione, e non già "*una tantum*" dal legislatore- non possono non riverberarsi sulla latitudine dell'obbligo di dichiarazione e di informazione gravante in capo al partecipante alla procedura.

2.10.7. In altre parole, la estensione dell'obbligo dichiarativo è specularmente legata a quella della cause di esclusione, ovvero di "potenziale" esclusione (cfr., CdS, V, 5 maggio 2016, n. 1812).

Così che, la natura *atipica* della causa di esclusione in esame –avente ad oggetto tutte le condotte astrattamente idonee ad incidere sul ridetto giudizio di affidabilità- rende meno agevole, già sul *piano oggettivo*:

- la individuazione dell'effettivo contenuto del correlato obbligo informativo gravante in capo al partecipante alla gara; non è chi non veda, invero, che si verte in tema non già di fatti e/o circostanze *empiricamente percepibili*, bensì di *qualificazioni giuridiche* ("*illeciti professionali*") e in *giudizi* di (dis) valore ("*gravi*");

- la selezione delle informazioni effettivamente dovute alla stazione appaltante, al fine di consentirle l'esplicazione del proprio *officium* di valutazione discrezionale.

2.10.8. All'uopo, assumono rilievo le circostanze in appresso:

- *l'onere di provare* la esistenza di situazioni idonee a minare la "affidabilità" ovvero ad incrinare o a mettere in dubbio la affidabilità del partecipante *incombe in capo* alla Amministrazione attributaria della potestà di esclusione; sul punto la *dictio legis*, in conformità delle prescrizioni sovranazionali, è inequivocabile nel condizionare l'esercizio di detta potestà alla *dimostrazione con mezzi adeguati* del grave illecito, lesivo della onorabilità ("*se l'amministrazione può dimostrare con mezzi adeguati*": art. 57, par. 4, lett. c) direttiva; "*qualora (…) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati*");

- i reciproci obblighi di *buona fede, correttezza e solidarietà* (artt. 2 e 97 Cost., art. 1175 c.c.) connotanti il rapporto tra consociati dal momento del loro primo contatto sociale qualificato (Cass., I, 12 luglio 2016, n. 14188; TAR Lombardia, I, 15

novembre 2019, n. 2421; TAR Lombardia, I, 6 novembre 2018, n. 2501), all'istesso modo ed *a fortiori* caratterizzano il rapporto tra la stazione appaltante e gli aspiranti aggiudicatari, sin dal momento della emanazione del bando e della presentazione della domanda;

- la *tutela dell'affidamento* legittimo, su cui fonda il diritto dell'Unione, parimenti deve improntare l'azione amministrativa (art. 1, l. 241/90; cfr., nella giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo, CGUE 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer; da ultimo, sulla valenza di regola generale, fondante il diritto dell'Unione, da attribuire al principio della tutela dell'affidamento, CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet; cfr., CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, Agrargenossenschaft Neuzelle) *in vista* –con la predisposizione della legge di gara- *e nel corso* della procedura di evidenza pubblica;

- il principio della *parità di trattamento*, in virtù del quale gli operatori partecipanti (o che intendono partecipare) ad una pubblica gara devono disporre delle stesse opportunità ed essere messi nelle condizioni di conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti (CGUE, IV, 14 dicembre 2016, causa C-171-15);

- il principio di trasparenza, che implica che "*tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo*" (CGUE, 14 dicembre 2016, cit.), sì da eliminare *in nuce* "*i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice*" (CGUE, 2 maggio 2019, causa C-309/18);

- l'inveterato insegnamento dei Giudici di Lussemburgo, a mente del quale "*il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un*

appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente" (CGUE, 2 maggio 2019, cit.).

2.11. Di talchè, salvo quanto sopra esposto in relazione alle circostanze irrimediabilmente ostative tipizzate in via generale ed astratta dalla legge, ovvero a quelle giuridicamente rilevanti ai fini della valutazione discrezionale circa la sussistenza degli illeciti professionali (beninteso, fin quando *perduri la loro rilevanza giuridica*, a' sensi dell'art. 80, comma 10-*bis*, per il triennio ivi contemplato) –in relazione alle quali non possono residuare dubbi sulla esistenza dell'obbligo dichiarativo, e sulla sua percepibilità in capo all'operatore professionale- la chiara delimitazione delle *ulteriori informazioni* necessarie alla formulazione del giudizio di piena "affidabilità" ed "integrità" non può che essere effettuata *dalla medesima stazione appaltante* con la legge di gara, in guisa:

- da preventivamente apprestare, secondo la qualificata diligenza esigibile anche dalla Amministrazione, i "*mezzi adeguati*" (è questa la nozione foggiata dal diritto dell'Unione e pedissequamente recepita nel nostro ordinamento) per acquisire un compiuto patrimonio informativo, al di là ed a prescindere dalla possibilità di officiosamente avvalersi delle informazioni contenute nel casellario tenuto dall'Anac;

- poter consapevolmente ed effettivamente assolvere all'onere, in capo ad essa Amministrazione gravante, di dimostrare la esistenza di quelle gravi violazioni professionali, idonee ad incrinare il giudizio di affidabilità ed integrità della impresa;

- consentire a tutti i concorrenti di percepire, *ex ante* e secondo la professionale diligenza da loro esigibile, la effettiva portata degli obblighi di informazione "*ulteriori*" di cui la stazione appaltante abbisogna (*ulteriori* rispetto a quelli *naturaliter* discendenti dalle prescrizioni di legge ed afferenti alle circostanze

che *ex se* valgono ad integrare i motivi di esclusione tipizzati all'art. 80 del d.lgs. 50/16).

2.11.1. E ciò in coerenza con l'insegnamento giurisprudenziale per cui, a mente dei principi del diritto dell'Unione, il concorrente può legittimamente essere escluso dalla gara anche per "*una lacuna di carattere formale e dichiarativo*" sempre che la relativa prescrizione –fonte dell'obbligo inadempiuto- sia percepibile e conoscibile *ex ante* da un soggetto professionalmente qualificato, secondo la diligenza da lui normativamente esigibile (CGUE, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda).

2.11.2. Di qui l'onere per la stazione appaltante di chiarire nella disciplina di gara la effettiva portata e natura delle informazioni all'uopo richieste, che possono anche variare a seconda della natura dell'appalto, del contesto economico e sociale di riferimento, della presumibile composizione della platea degli aspiranti aggiudicatari, delle stesse valutazioni di opportunità *ex ante* formulate dalla Amministrazione. E ciò anche in ossequio al principio di *auto responsabilità*, precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza che reciprocamente gravano sulle parti del rapporto o del contatto.

2.12. Orbene, nella fattispecie in esame, nella sezione III.1) del bando di gara (pag. 4) è testualmente dato leggere che "*I partecipanti devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale (art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016) (…) sono esclusi dalla gara gli operatori economici per i quali sussistono cause di esclusione di cui all'art. 80 del Codice*" (analogamente al punto 5, pag. 7 del disciplinare), imponendosi ai partecipanti la dichiarazione "*di non incorrere nelle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. b), c), c-bis), c-ter), c-quater), f-bis) e f-ter) del Codice*" (pag. 27, disciplinare).

2.12.1. E' evidente, indi, che la *lex specialis* ribadisce il contenuto di un obbligo dichiarativo già discendente dalle previsioni di legge, in quanto limitato ai fatti e

alle circostanze qualificate dalla norma come irrimediabilmente ostative, *senza veruna richiesta di informazioni ulteriori e/o aggiuntive*.

2.12.2. Ora, le informazioni la cui "omissione" è stata ascritta dalla ricorrente principale –con l'atto recante motivi aggiunti- alla ricorrente incidentale, non rientrano in quelle *ex lege rilevanti*, anche solo potenzialmente, né tampoco in quelle richieste dalla legge di gara (che, sul punto, non ha imposto obblighi aggiuntivi).

In altre parole, il contegno omissivo e/o reticente imputato alla ricorrente incidentale -a' sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*), d.lgs. 50/16- afferisce a fatti:

- oggetto di procedimento penale ancora pendente avanti il Tribunale di Avellino, ed in relazione ai quali indi *nessun accertamento giudiziale* è intervenuto;

- oggetto di un provvedimento giudiziale idoneo ad attribuire loro una "*qualificazione giuridicamente rilevante*" ai fini che ne occupano, costituito dal *decreto di rinvio a giudizio del 14 gennaio 2015*; e, invero, la valenza potenzialmente escludente del fatto ascritto "*presuppone che esso abbia attinto, sul piano probatorio, una soglia minima di consistenza, quale può ritenersi rappresentata dalla idoneità degli elementi raccolti dal P.M. a sostenere l'accusa in giudizio (arg. ex art. 425, comma 3, c.p.p., secondo cui, all'esito dell'udienza preliminare, 'il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio'*" (CdS, III, 2 febbraio 2021, n. 958);

- che hanno, indi, *perduto la loro rilevanza ex* art. 80, comma 5, lett. c), per decorso del termine triennale a far data dal ridetto provvedimento di rinvio a giudizio; in questi termini, in fattispecie analoga, ancora da ultimo si è statuito che il "fatto" è rappresentato dal provvedimento di rinvio a giudizio, e non dalla condotta penalmente rilevante nella sua materiale storicità: sì che da esso "*deve farsi decorrere il termine suindicato*" (CdS, III, 958/21, cit.);

- che *non costituivano* oggetto di specifici obblighi dichiarativi foggiati dalla stazione appaltante, e di poi trasfusi nella *lex specialis*, nonché nei moduli predisposti per la partecipazione alla gara;

- che, dunque, *non andavano dichiarati*, non assumendo rilevanza ai fini della "esclusione facoltativa" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), né espressamente richiesti dalla legge di gara.

2.12.3. Di talchè, i fatti oggetto del procedimento penale avanti il Tribunale di Avellino –in relazione ai quali si censura un contegno mendace o fuorviante della ricorrente incidentale- non mai varrebbero ad integrare una ipotesi di esclusione dalla partecipazione a gare, stante:

- la risalenza al gennaio 2015 del provvedimento che ha attribuito una peculiare significanza –in termini di disvalore potenzialmente rilevante ai fini del giudizio discrezionale demandato alla stazione appaltante- alle condotte ascritte agli esponenti apicali della ricorrente incidentale, costituito giustappunto dal decreto di rinvio a giudizio;

- il disposto dell'art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. 50/16 che –siccome sopra ampiamente esposto e conformemente a quanto statuito dall'art. 57, comma 7, della direttiva 2014/24/UE- fissa nel periodo massimo di tre anni la (possibile) valenza ostativa riveniente anche da fatti non giudizialmente acclarati, oggetto di procedimento penale, a decorrere dalla emanazione dell'atto del procedimento penale che abbia riconosciuto una minima consistenza probatoria alla "accusa" (nella fattispecie idonea a fondare il rinvio a giudizio e la apertura del dibattimento).

2.13. Diversamente opinando -seguendo cioè la tesi propugnata dalla ricorrente principale, e pure affermata da certa parte della giurisprudenza, siccome sopra rammentato- si finirebbe per avvalorare una ricostruzione del sistema per cui:

- la valenza ostativa di *sentenze irrevocabili* di condanna soggiace ad un limite temporale, essendo quindi destinata a *cessare con il decorso del tempo* (cinque, sette anni ovvero il diverso termine siccome contemplato all'art. 80, commi 10 e 10-*bis*, primo periodo);
- la rilevanza di *accertamenti amministrativi* (ovvero di vicende di risoluzione di contratti di appalto o concessione) inoppugnabili, o giudizialmente confermati, sarebbe parimenti *destinata a scemare* con il decorso del termine di tre anni a far data, rispettivamente dall'adozione del provvedimento inoppugnato o dal passaggio in giudicato della sentenza;
- la rilevanza, di contro, di fatti oggetto di un procedimento penale -pendente o concluso con una sentenza di non luogo a procedere per prescrizione- avrebbe una durata non determinata *ex ante*, perché dipendente dalla concreta durata del giudizio.

2.13.1. In tal guisa opinando si finirebbe per:

- assegnare a condotte *sub iudice*, non mai oggetto di accertamenti definitivi, un *disvalore superiore* a quella discendente dalla commissione di un reato giudizialmente acclarato, tenuto conto della durata indeterminabile dell'effetto pernicioso che potrebbe discenderne; con ciò legittimando le stazioni appaltanti alla adozione di esclusioni della gare per un tempo non circoscritto *ex ante*, anche in violazione dei principi di certezza, prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze dannose per la sfera giuridica dell'operatore interessato;
- avvalorare una non giustificata, e perciò irragionevole, *disparità di trattamento* tra condanne irrevocabili, automaticamente escludenti epperò per un tempo limitato, e fatti viceversa non acclarati giudizialmente, e tuttavia potenzialmente rilevanti per un tempo non determinato né determinabile *ex ante* e, dunque, potenzialmente anche superiore a quello (chiaramente circoscritto) discendente da una sentenza di condanna;

- arrecare un *vulnus* specifico ed ulteriore alla libertà di iniziativa economica della impresa, costituito *ex se* dallo *stato di incertezza* discendente dalla oggettiva "indeterminabilità" del periodo di *soggezione* al potere di esclusione; sotto questo profilo, non può non rammentarsi la peculiare rilevanza che assume la *certezza* e la *prevedibilità* del quadro regolatorio nell'orientare e condizionare il libero dispiegarsi della autonomia imprenditoriale;
- addossare alla impresa coinvolta in un procedimento penale le conseguenze perniciose rivenienti dalla *durata del processo*, in violazione dei principi generali (artt. 24, 111 Cost.; 6 CEDU);
- infliggere un effetto potenzialmente pernicioso e sfavorevole per un tempo non determinato né determinabile, in violazione dei principi generali in tema di *proporzionalità* e *ragionevolezza* delle misure afflittive, ancorchè aventi un carattere anche preventivo-precauzionale, e non esclusivamente sanzionatorio-punitivo;
- tradire la *ratio* ultima che informa la normazione sovranazionale, funzionale giustappunto ad evitare che un operatore economico –anche in presenza di condanne irrevocabili per reati particolarmente gravi- debba avere *perpetuamente* a soffrire conseguenze dannose per effetto di precedenti condotte riprovevoli.

2.13.2. *Il più contiene il meno*.

E, invero:

- se la conclamata commissione di reati, ovvero di illeciti professionali e di altre violazioni amministrative, assume valenza di *capitis deminutio* per la impresa per un circoscritto lasso temporale, stemperandosi con il decorso del tempo il relativo giudizio di riprovevolezza e di disvalore, ed assicurandosi in tal guisa all'interessato una possibilità di reinserimento nel circuito economico;
- *a fortiori* una tale possibilità di "recupero" e di "reinserimento" –decorso un determinato periodo di tempo- deve poter essere concessa *in assenza di condanne* o di accertamenti definitivi e, dunque, in assenza di acclarate condotte riprovevoli.

2.14. E ciò, naturalmente, tenendo conto che l'effetto ostativo e pernicioso per la impresa interessata –elasso il ridetto termine triennale dalla adozione di determinati atti giudiziali, quali ad esempio il provvedimento di rinvio a giudizio ovvero le misure cautelari- è in ogni caso destinato a *riespandersi* in caso di successivo, eventuale, *provvedimento di condanna*.

2.14.1. Sotto questo profilo, non si ravvisa alcun effetto paradossale, ad onta di quanto paventato dalla ricorrente principale (memoria di replica, pag. 8), atteso che:

- un conto è la rilevanza che -nelle more della definizione del procedimento- assume il *fatto* (*recte*, *atto non definitivo* del giudice penale) non ancora giudizialmente accertato; ciò che giustifica il decorso di un "autonomo" termine triennale;
- altro è, di contro, la autonoma significanza escludente (con il decorso di un ulteriore termine diversamente modulato a seconda delle fattispecie, a' sensi dell'art. 80, commi 10 e 10-bis) attribuibile ad una *successiva sentenza di condanna*; pronunzia, peraltro, che ben potrebbe mancare.

2.14.2. In tale ottica si attua un equo contemperamento tra la esigenza:

- *a latere pubblicistico*, di attribuire valenza escludente anche a fatti non ancora accertati in guisa irretrattabile; è questa la significanza che deve attribuirsi all'ultimo periodo del citato comma 10-*bis*, che consente giustappunto la valorizzazione –ai fini della potestà discrezionale di esclusione- anche di fatti non definitivamente accertati;
- *a latere privatistico*, di non soggiacere per un tempo indefinito alla *potestas* di esclusione delle diverse Amministrazioni aggiudicatrici, ciò che assume vieppiù significanza proprio a cagione della mancanza di accertamenti irretrattabili; e ciò, beninteso, fermo restando il *diverso ed ulteriore effetto* ostativo riveniente da una successiva, eventuale, sentenza di condanna.

2.15. Orbene, nella fattispecie che ne occupa:

- il decorso del triennio, a far data dal provvedimento di rinvio a giudizio (14 gennaio 2015) vale a deprivare *ex se* di rilevanza giuridica i fatti oggetto del procedimento penale ancora pendente avanti il Tribunale di Avellino, la cui conoscenza era *in nuce non utile* per il Comune resistente, giammai potendo rientrare nel processo decisionale prodromico alla esclusione *ex* art. 80, comma 5, lett. c);

- *irrilevante*, indi, e dunque non mendace né fuorviante, si appalesano le censurate inesattezze ed omissioni della dichiarazione (ultronea) sul punto resa dalla ricorrente incidentale.

2.15.1. Ne discende la *inesistenza del presupposto* stesso su cui dovrebbe fondarsi il carattere falso ovvero fuorviante della dichiarazioni resa dalla ricorrente incidentale in ordine al ridetto procedimento penale, *id est* l'essere le stesse riferite a circostanze *concretamente incidenti sul retto* e consapevole esercizio dei *munera* valutativi demandati alla stazione appaltante.

2.15.2. Di talchè, la censurata parzialità della dichiarazione resa dalla ricorrente incidentale, con la omissione di talune circostanze (e segnatamente del coinvolgimento di ulteriori due esponenti apicali nel procedimento, ivi compresa la procuratrice speciale della società) proprio perché avente ad oggetto circostanze *non mai integranti ipotesi ostative* né potenzialmente suscettibili di incidere sul processo decisionale prodromico all'esercizio della potestà ex art. 80, comma 5, lett. c) -e dunque, *non mai rientranti nel contenuto dell'obbligo* di informazione e dichiarazione gravante *ex ante* in capo ai concorrenti *ai sensi della legge ovvero delle specifiche prescrizioni contenute nel bando di gara*- non può assumere valenza:

- di omissione giuridicamente rilevante, in assenza del correlato obbligo, sia esso nascente dalla legge ovvero dalle regole speciali che governano la procedura;

- di contegno mendace ovvero fuorviante.

2.16. E' ben vero, infatti, che la natura "*non veritiera*", "*falsa*" o fuorviante di una dichiarazione può realizzarsi anche attraverso la omissione o la incompletezza

(reticenza) delle informazioni fornite, quando la informazione omessa o resa in modo parziale o incompleto attribuisce al tenore della dichiarazione un senso diverso, così che "*l'enunciato descrittivo venga ad assumere nel suo complesso un significato contrario al vero o negativo dell'esistenza di fatti rilevanti*" (tra le tante, Cass. Pen. V, 4.11.2014, n. 48755; in senso diverso sembra andare CdS, V, 12 aprile 2019, n. 2407, che distingue tra dichiarazione omessa e reticente e dichiarazione falsa, quest'ultima consistente in una *immutatio veri* e ricorrente solo nel caso in cui "*l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero*").

2.16.1. E, tuttavia, già in base alle generali categorie penalistiche che non possono non venire in rilievo anche *in subiecta materia*, la "*non veridicità*" o il carattere oggettivamente fuorviante e decettivo delle dichiarazioni fornite dalla impresa alla stazione appaltante presuppone la esistenza:

- *a latere oggettivo*, di un obbligo di informazione e di dichiarazione, sufficientemente specifico e determinato, e relativo a fatti (e *non già a giudizi o "qualificazioni"*);

- *a latere soggettivo*, nella coscienza e volontà di rendere una dichiarazione falsa e, dunque, il dolo generico dell'agente, ovvero quanto meno la sua "negligenza" (art. 80, comma 5, lett. c-*bis*).

2.16.2. Nella fattispecie che ne occupa, mancano entrambi gli elementi sopra individuati, stante:

- la oggettiva inesistenza dell'obbligo di dichiarare i fatti e le circostanze *de quibus*, in quanto non qualificabili come ostativi alla partecipazione, né rilevanti ai fini del giudizio *ex* art. 80, comma 5, lett. c), né tampoco oggetto di una *specifica richiesta* all'uopo contenuta nelle *prescrizioni della lex specialis*, siccome sopra argomentato;

- in ogni caso, la assenza dell'elemento soggettivo in capo alla impresa di poi aggiudicataria (e quivi ricorrente in via incidentale) che, ragionevolmente confidando sulla univoca significanza delle previsioni del bando, ha provveduto

solo in guisa tuzioristica ed ultronea a fare menzione di fatti e circostanze "qualificate" con atto (rinvio a giudizio) risalente nel tempo, ben oltre il triennio contemplato all'art. 80, comma 10, d.lgs. 50/16, e dunque *non rilevante*.

2.17. Questo TAR non ignora la esistenza di statuizioni giurisdizionali, in forza delle quali i concorrenti "*devono dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettiva rilevanza di tali episodi sul piano della 'integrità professionale' dell'operatore economico*" (CdS, III, 22 maggio 2019, n. 3331; CdS, V, 24 gennaio 2019, n. 591; Id. id., 3 settembre 2018, n. 5142); di talchè "*non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, V, n. 4532/2018; n. 3592/2018; n. 6530/2018); vale a dire, non è possibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione (cfr. Cons. Stato, V, n. 1935/2018), così da nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara (cfr. Cons. Stato, III, n. 4192/2017; n. 6787/2018); al contrario, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizioni quante più informazioni possibili, e di ciò deve farsi carico l'operatore economico, il quale se si rende mancante in tale onere può incorrere in un grave errore professionale endoprocedurale*" (CdS, V, n. 5142/2018).

2.17.1. Né può non rammentarsi la corrente giurisprudenziale favorevole alla inapplicabilità del limite temporale di cui all'art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. 50/16 (e del previgente comma 10) ai fini dell'obbligo dichiarativo strumentale alla valutazione sulla esistenza di illeciti professionali (CdS, V, 307/21, anche se in

modo non espresso; TAR Lazio, II-*quater*, 8821/20; CdS, V, 1644/19; Id., id. 6530/18).

2.17.2. E, tuttavia, va quivi affermato, coerentemente con quanto sopra esposto, che la latitudine ed intensità degli obblighi di collaborazione del partecipante alla gara - funzionali pur sempre a consentire l'esercizio della potestà discrezionale di esclusione, condizionato alla prova di gravi illeciti professionali pur sempre gravante in capo alla stazione appaltante - e che si inscrivono nell'alveo dei generali principi di buona fede, correttezza, lealtà e trasparenza, non può che attestarsi alle soglie della *ragionevole "esigibilità*" del contegno, da escludersi *in nuce* nel caso in cui la esistenza stessa dell'obbligo sia oggettivamente non percepibile, in quanto non discendente dalle norme né, tampoco, individuata o lumeggiata nella *lex specialis*.

2.18. Di qui la irrilevanza della allegata genericità, inesattezza e incompletezza della dichiarazione resa dalla ricorrente incidentale:

- in *assenza di rilevanza* della informazione di che trattasi; il ridetto art. 80, comma 10-*bis*, secondo e terzo periodo, (in ossequio all'art. 57, par. 7) circoscrivendo lo *spatium temporis* entro cui è giustificabile la esclusione dalla gara –in mancanza di limiti temporali discendenti dalle sentenze o dai provvedimenti amministrativi- vale, altresì, a delimitare nel tempo la *rilevanza giuridica* dei fatti oggetto di quelle sentenze di condanna o di accertamento amministrativo, ovvero e *a fortiori* non ancora acclarati ma oggetto di procedimenti pendenti (o conclusi con sentenze di proscioglimento); e ciò in una ottica maggiormente aderente alle prescrizioni della direttiva 2014/24/UE, siccome interpretate dalla Corte di Giustizia (sentenza 24 ottobre 2018, C-124/17 e 4 giugno 2019, C-425/18, cit.);

- in mancanza di prescrizioni specifiche ulteriori, autonomamente foggiati dalla stazione appaltante;

- in assenza indi, e specularmente, di uno specifico obbligo informativo in capo ad essa ricorrente incidentale.

2.19. Ne discende la infondatezza dell'atto recante motivi aggiunti, ivi compresa la seconda doglianza, non essendo rinvenibile altresì la invocata carenza di istruttoria e la disparità di trattamento rispetto alla condotta serbata dal Comune in relazione alla posizione della ricorrente principale.

3. Le suesposte considerazioni valgono, altresì, a deprivare di pregio le argomentazioni poste a sostegno del gravame principale.

3.1. La irrilevanza dei fatti invocati dalla ricorrente principale -stante il decorso del triennio di "rilevanza" a decorrere rispettivamente dal rinvio a giudizio e dalla adozione delle misure cautelari- rende *ex se* legittimo l'operato della Amministrazione, che a dette circostanze non ha prestato una specifica attenzione.

3.2. E, invero, non sono ravvisabili i dedotti vizi motivazionali e di istruttoria nell'*agere* della Amministrazione che ha provveduto alla ammissione della ricorrente incidentale, stante la irrilevanza delle circostanze oggetto dei due procedimenti penali invocati dalla ricorrente principale, afferendo a fatti:

- la cui valutazione, contenuta in atti "qualificati" del procedimento penale, risale ad epoca che risale ad oltre tre anni prima della pubblicazione del bando che ne occupa;

- non mai idonei ad imporre un *positivo* obbligo motivazionale –e, più a monte, di attivazione di una specifica istruttoria- comechè deprivati *radicitus* di concreta idoneità "escludente", a cagione del di per sé risolutivo dato temporale e, beninteso, in assenza di qualsivoglia accertamento giudiziale, ovvero di sentenze di condanna.

3.3. Va quivi, in via liminare, richiamato il condivisibile insegnamento giurisprudenziale per cui, in linea generale e di principio:

- la stazione appaltante che procede alla ammissione alla gara di una impresa, non ritenendo "rilevanti" le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente –reputandole, indi, insuscettibili di intaccarne la "integrità" morale e professionale,

ed inidonee a fondare un giudizio di inaffidabilità- "*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*" (CdS, V, 19 febbraio 2021, n. 1500; Id., id. 9 settembre 2019, n. 6112);

- è, di contro, il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di "gravità" tali da minare la affidabilità del concorrente, a necessitare di una espressa e puntuale motivazione;

- "*in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche la ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione*" (CdS, V, 5 maggio 2020, n. 2850; Id., VI, 18 maggio 2016, n. 3198; Id. IV, 21 maggio 2014, n. 2622);

- tale regola è destinata "*a subire eccezione*" nel solo caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata assuma una peculiare pregnanza, tale da poter e dover eccitare –secondo l'*id quod plerumque accidit*, ed in conformità della diligenza particolarmente qualificata che deve pur sempre connotare l'*agere* dei pubblici poteri (artt. 97 Cost., 1 l. 241/90, 1176, comma 2, c.c.)- gli *officia* istruttori e valutativi della stazione appaltante, imponendo *ex post* l'onere di dare conto dell'*iter* logico giuridico all'uopo seguito nella ponderazione prodromica alla decisione sulla "integrità" del partecipante alla gara;

- trattasi di una deroga al principio generale, che ricorre indi solo "*in presenza di una pregressa vicenda professionale che appaia, ictu oculi, di particolare rilevanza*" (CdS, V, 1500/21, cit.) tale da imporre alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura.

3.3.1. Orbene, sono tali ragioni "eccettuative" delle regola generale a non essere rinvenibili nella fattispecie *de qua agitur*, ove:

- i due procedimenti penali dichiarati dalla ricorrente incidentale, *rectius* i "provvedimenti" giudiziali in quei procedimenti resi e tali da attribuire una speciale "qualificazione" ai fatti contestati (decreto di rinvio a giudizio del 2015 nell'un caso, misure cautelari adottate nel 2013 nell'altro giudizio, conclusosi con sentenza di non luogo a procedere per prescrizione) erano privi *ab imis* di rilevanza ai fini che ne occupano, essendo intervenuti oltre *tre anni prima* della indizione della gara;

- si appalesa, pertanto, legittima l'azione amministrativa funzionale alla ammissione, "*senza speciale motivazione*", della ricorrente incidentale; chè, a cagione della collocazione temporale dei fatti (*recte*, degli atti dei giudizi penali *de quibus*) potenzialmente rilevanti, non vi erano margini per ipotizzare cause "espulsive" ovvero incidenti sulla regolare partecipazione alla gara, e dunque "*in tal caso il suo mancato rilievo si risolverebbe in una mera tautologia motivazionale*" (CdS, V, 5448/18).

3.3.2. In particolare, per quanto attiene alle vicende "interessate" dal giudizio penale pendente avanti il Tribunale di Avellino, valga il richiamare tutto quanto sopra esposto in relazione all'atto significativo (provvedimento di rinvio a giudizio recante la data del 14 gennaio 2015) ed alla sua collocazione in un arco temprale non più rilevante in senso "potenzialmente" escludente.

3.4. Analogo discorso è a farsi per il procedimento penale conclusosi con la sentenza del Tribunale di Latina di non luogo a procedere per prescrizione.

3.4.1. Sotto tale ultimo profilo, invero, va rilevato che le circostanze dichiarate dalla ricorrente incidentale si concretano in fatti, pur oggetto di un procedimento penale:

- non giudizialmente acclarati con una sentenza di condanna, essendo il giudizio conclusosi con una sentenza di proscioglimento, nel 2019, stante la intervenuta prescrizione;

- non più rilevanti - ai fini della discrezionale esclusione *ex* art. 80, comma 5, lett. c) – essendo anche in questo caso decorso un lasso temporale superiore al triennio

dal momento della peculiare "qualificazione" attribuita a detti fatti per effetti di provvedimento della Autorità giudiziaria assunti nel procedimento penale, nella fattispecie costituiti dalle misure cautelari pronunziate nel 2013.

3.4.2. Valga, all'uopo, il richiamare la impostazione *ex professo* seguita nella citata pronunzia del Consiglio di Stato, n. 8563 del 31 dicembre 2020, e resa sulla specifica *quaestio de qua agitur*, per cui "*già l'accertamento operato con i richiamati provvedimenti cautelari del 2013, disposti nell'ambito del procedimento penale incardinato dinanzi al Tribunale di Latina, costituisce termine iniziale per il decorso del citato triennio di rilevanza giuridica dei fatti penalmente rilevanti di cui è stigmatizzata l'omessa dichiarazione*".

3.5. Di qui:

- la irrilevanza *in nuce* di tali vicende ad incidere e/o condizionare il processo decisionale della Amministrazione;
- la inesistenza, indi ed *a fortiori*, di presupposti eccettuativi e derogatori (concreta rilevanza dei fatti e loro peculiare e manifesta pregnanza) della regola generale secondo cui la ammissione dei concorrenti non impone alla stazione appaltante specifici obblighi istruttori e motivazionali;
- la riespansione del generale principio della ammissione *senza speciale motivazione*;
- la legittimità dell'*actio* amministrativa quivi censurata.

3.6. Le considerazioni suesposte valgono, a ben vedere, a disvelare financo un profilo di inammissibilità della doglianza *in parte qua*.

3.6.1. E, invero, proprio al lume della superiore ricostruzione, non è rinvenibile alcuna lesione di natura sostanziale alle prerogative dei ricorrenti rivenienti dalle asserite irregolarità procedimentali (istruttorie e motivazionali) "addebitate" alla resistente Autorità.

3.6.2. Le dedotte carenze dell'*agere* amministrativo –mancata attivazione di poteri istruttori e di indagine, ed assenza di un congruo apparato motivazionale idoneo ad estrinsecare l'*iter* logico-giuridico seguito nella decisione di ammissione alla gara

della concorrente- vanno apprezzate sostanzialmente, in quanto arrecanti un effettivo nocumento alla sfera giuridica della ricorrente, comechè aventi una portata concretamente incidente sul processo decisionale della Autorità, che avrebbe diversamente potuto orientare le proprie determinazioni finali, ove avesse effettivamente esercitato i poteri asseritamente pretermessi.

3.6.3. Nella fattispecie, di contro:

- il contenuto dispositivo del provvedimento di ammissione non mai avrebbe potuto essere diverso;

- la certazione giudiziale della legittimità della azione provvedimentale quivi censurata rende irrilevanti i censurati vizi "procedimentali", di istruttoria e di motivazione, attesa la inidoneità di un qualsiasi ulteriore elemento conoscitivo (sulle specifiche vicende *de quibus*) a determinare una differente conclusione della vicenda.

3.6.4. La ricaduta patologica di tale lamentata violazione "*formale e/o procedimentale*", ove in ipotesi sussistente, sarebbe in ogni caso sterilizzata dall'applicazione dell'art. 21-*octies* della legge 241/90, norma che ben si attaglia alla fattispecie *de qua agitur*, stante la inidoneità *in radice* dei fatti invocati dalla ricorrente principale (per il decorso del triennio) a costituire il substrato fattuale e istruttorio del processo decisionale della stazione appaltante che, in definitiva, essi fatti ha correttamente *tenuto in non cale*, benchè dichiarati dalla aggiudicataria.

3.7. La reiezione del ricorso principale e del correlato atto recante motivi aggiunti, consolidando la acquisizione del bene della vita già raggiunto in via amministrativa dalla aggiudicataria, depriva di interesse il ricorso incidentale –che nessuna ulteriore *utilitas* ad essa aggiudicataria potrebbe apportare- imponendosene, pertanto, la declaratoria di improcedibilità.

4. Le peculiari connotazioni della controversia inducono a compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sui ricorsi e sull'atto recante motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, previa reiezione della istanza istruttoria:

- respinge il ricorso principale e l'atto recante motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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 le persone fisiche e giuridiche *nominatim* individuate nel corpo della sentenza.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2021 -svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del D.L. n. 183/2020, e al D.P.C.S. del 28.12.2020- con l'intervento dei signori magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Rocco Vampa, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rocco Vampa

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.