

Publicato il 27/09/2022

N. 08336/2022REG.PROV.COLL.
N. 10155/2021 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 in appello iscritto al numero di registro generale 10155 del 2021,
proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Roberto Invernizzi e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

contro

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC tratta
dai Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da
PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a. e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Roberto Invernizzi, Giovanni Corbyons, Giorgio Fraccastoro, Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 3 dicembre 2019 (e in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 6 dicembre 2019) Trenitalia s.p.a. indiceva una procedura di gara, da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del *“Servizio di vigilanza armata, con l'ausilio di unità cinofila, presso impianti ferroviari di Milano”* per un importo a base di gara di € 2.747.932,08.

1.1. Il bando di gara prevedeva la c.d. inversione procedimentale; era, infatti, stabilito (al punto III.1.4.1) che: *“Ai sensi dell'art. 133, comma 8, d.lgs. 50/2016 si procederà alla preventiva apertura delle offerte”* e, di seguito (al punto III.1.4.3), che: *“Con la presentazione delle offerte, si intende che l'operatore economico – e l'eventuale impresa ausiliaria: a. è in possesso di tutti i requisiti di ordine generale, economico – finanziario e tecnico-organizzativo di cui al precedente paragrafo III.1 ed è in regola con gli adempimenti previsti dal Bando di gara; (...)”*.

1.2. Presentavano offerta diversi operatori economici, tra i quali -OMISSIS-..

In occasione della verifica della regolarità e completezza della documentazione amministrativa, Trenitalia apprendeva da altra impresa in gara che -OMISSIS-. era stata sanzionata dall'A.G.C.M. per aver preso parte ad una intesa restrittiva della concorrenza; con nota del 6 marzo 2020, pertanto, richiedeva chiarimenti su tale vicenda nonché di trasmettere la documentazione attestante l'adozione di misure di *self-cleaning*.

In risposta alla richiesta della stazione appaltante, -OMISSIS-, oltre a fornire i chiarimenti dovuti, dichiarava *“in pieno spirito dialogico e per trasparenza”* che il presidente del consiglio di amministrazione e il consigliere delegato cessato dalla carica erano stati condannati con sentenza del Tribunale di Torino del 4 luglio 2019 a titolo di colpa per il reato di cui all'art. 589, comma 2, c.p. in relazione agli artt. 29, comma 1, 18 comma 1, lett. f) e 3-bis, 37 d.lgs. n. 81 del 2008.

1.3. Con delibera del 7 aprile 2020, n. 49 Trenitalia disponeva l'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara per omessa dichiarazione *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis)* d.lgs. n. 50 del 2016 delle predette condanne, precisando che: *“detta omissione ha infatti comportato l'impossibilità di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente, né la stessa può essere sanata mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 trattandosi di uno strumento di ausilio nel chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara che non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni, riguardanti elementi essenziali, radicalmente mancanti, pena la violazione della par condicio fra i concorrenti”*.

Sollecitata dall'impresa, Trenitalia confermava l'esclusione con provvedimento dell'8 maggio 2020

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - OMISSIS-. impugnava entrambi i provvedimenti sulla base di quattro motivi.

2.1. Lamentava la ricorrente che il bando di gara non richiedeva di corredare l'offerta con il DGUE – documento di gara unico europeo, né con altre dichiarazioni *ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016*: la stazione appaltante, pertanto, non avrebbe potuto escluderla dalla procedura di gara per aver violato un obbligo dichiarativo non espressamente previsto (primo motivo), né poteva condividersi la lettura del bando di gara (e, specificatamente, del punto III.1.4).3) data dalla stazione appaltante nel provvedimento di conferma dell'esclusione – secondo cui i concorrenti non erano tenuti a produrre dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti generali di partecipazione

salvo l'esistenza di circostanze rilevanti ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 che avrebbero dovuto dichiarare – poiché in una procedura che si svolge secondo l'inversione procedimentale di cui all'art. 133, comma 8, del codice è solo l'aggiudicatario prescelto, e solo nella fase successiva alla valutazione delle offerte, che deve dichiarare l'esistenza dei requisiti generali di qualificazione e, con essi, gli eventuali pregressi illeciti professionali (secondo motivo).

2.2. Nel terzo motivo la ricorrente contestava alla stazione appaltante di aver motivato l'esclusione con l'impossibilità di valutare la sua affidabilità in ragione delle omissioni dichiarative: al contrario, quando le erano stati richiesti i chiarimenti, aveva spontaneamente fornito ogni informazione utile a decidere sulla sua affidabilità (evitando, così, di influenzare indebitamente il processo decisionale). Nell'ultimo motivo, infine, sosteneva che, contrariamente a quanto affermato da Trenitalia, era doverosa nel caso di specie l'attivazione del soccorso istruttorio, che le avrebbe consentito di sanare ogni mancanza della documentazione trasmessa al momento della presentazione della domanda di partecipazione.

2.3. Con motivi aggiunti l'impugnazione era estesa alla delibera del 20 maggio 2020, n. 59, di aggiudicazione della procedura di gara a -OMISSIS- per invalidità derivata dall'illegittimità del provvedimento di esclusione.

2.4. Resistenti Trenitalia s.p.a. e -OMISSIS-, con sentenza del 2 settembre 2021, n. 1962, il giudice di primo grado respingeva il ricorso introduttivo del giudizio e dichiarava inammissibili i motivi aggiunti.

Il tribunale:

- precisava che alla luce delle disposizioni contenute nella *lex specialis* (bando di gara, ai paragrafi III.1 e III.1.4, comma 3, nonché disciplinare di gara al punto II.1) i concorrenti erano tenuti a dichiarare le circostanze suscettibili di configurare una causa di esclusione (e la presentazione dell'offerta costituiva espressa conferma del possesso di detti requisiti);

- rilevava che risultava dagli atti che la ricorrente aveva omesso di dichiarare il provvedimento sanzionatorio subito dall'A.G.C.M. e anche la condanna penale riportata dal Presidente del consiglio di amministrazione e dal consigliere delegato per omicidio colposo per violazione delle misure di sicurezza sul lavoro;
- precisava che, per quanto secondo l'Adunanza plenaria n. 16 del 2020 la condotta reticente, omissiva o mendace del concorrente in relazione a circostanze potenzialmente rilevanti ai fini dell'ammissione alla procedura di gara non comporta esclusione automatica, nel caso di specie, la predetta condanna riguardava fatti molto gravi, idonei ad incidere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico, e come tale risultava essere stata intesa da Trenitalia, nel cui provvedimento espulsivo era dato *intravedere sostanzialmente* un globale giudizio di inaffidabilità del concorrente;
- aggiungeva che il meccanismo di semplificazione procedimentale di cui all'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 non poteva impedire alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che in corso di gara già fossero risultati privi dei requisiti generali;
- concludeva nel senso dell'impossibilità di far ricorso al soccorso istruttorio nei casi in cui il concorrente abbia omesso la dichiarazione di un episodio astrattamente rilevante ai fini della sua affidabilità professionale.

I motivi aggiunti erano dichiarati inammissibili per carenza di legittimazione a ricorrere: il concorrente escluso dalla procedura di gara è privo del titolo non solo a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedimentali; il suo interesse, cioè, è un interesse di mero fatto, non diverso da qualsiasi operatore del settore che non abbia partecipato alla procedura di gara.

3. Propone appello -OMISSIS-; si sono costituiti Trenitalia s.p.a. e -OMISSIS-.

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza pubblica del 9 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello -OMISSIS-. censura la sentenza di primo grado per “*Violazione degli artt. 97 Cost.; art. 4 TUE; art. 12 disp. prel., degli artt. 1, 3, 6 e 10 L. 241/1990; Violazione e falsa applicazione art. 80 CCP, in relazione agli art.t. 30, 83 e 133 c. 8 CCP; violazione del § III.1.4) punto 3 del bando e del § VI del disciplinare*”.

A parere dell'appellante il giudice di primo grado avrebbe erroneamente interpretato l'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016; a suo dire, tale disposizione andrebbe intesa nel senso che, in caso di procedura che si svolga con la c.d. inversione procedimentale, i concorrenti siano tenuti a rendere le dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti generali a graduatoria già formata – senza che a nulla rilevi la scelta di taluno dei concorrenti di anticipare la predetta dichiarazione al momento della presentazione dell'offerta –; tale interpretazione troverebbe conferma nello stesso bando, il quale se letto in tutte le sue disposizioni – differentemente da quanto fatto dal giudice di primo grado che si era limitato ad interpretare il solo § III.1.4) punto 3) – non imponeva di dichiarare il possesso dei requisiti di qualificazione se non in fase successiva alla proposta di aggiudicazione, come, peraltro, ammesso dalla stessa stazione appaltante nel provvedimento di conferma dell'esclusione.

La conclusione cui perviene l'appellante è che la stazione appaltante non potesse disporre l'esclusione di quegli operatori economici incorsi in omissioni dichiarative per non aver reso alcuna dichiarazione al momento della presentazione dell'offerta.

1.1. Nel secondo motivo di appello contesta al giudice di primo grado di aver violato la sfera discrezionale della stazione appaltante, dicendo giustificata la sua esclusione per una ragione diversa da quella contenuta nella motivazione

dei provvedimenti impugnati: Trenitalia l'aveva esclusa perché l'omissione dichiarativa (in particolare relativa ai provvedimenti di condanna penale a carico di membri della compagine sociale) le aveva impedito di valutare la sua affidabilità; all'interno di tale motivazione andava valutata la legittimità dell'esclusione, senza in alcun modo considerare la misura sanzionatoria assunta dall'A.G.C.M., neppure menzionata da Trenitalia nei suoi provvedimenti.

1.2. Con il terzo motivo la sentenza è detta erronea per “*Violazione degli artt. 97 Cost., 36 e 80 Dir. 2014/25/UE e 57 Dir. 2014/21/UE, 12 disp. prel., 30 e 80 c. 5 e 83 CCP, artt. 1, 3, 6 e 10 L. 241/1990*”: il giudice di primo grado avrebbe avvallato il sostanziale automatismo espulsivo applicato dalla stazione appaltante in contrasto con l'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 57 dir. 25/2014/UE per come interpretati dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 16 del 2020, pur correttamente citata, secondo la quale, in disparte il mendacio, l'esclusione può essere disposta solo in base ad una “*valutazione in concreto della stazione appaltante*” che dimostri, tra le altre cose, come il comportamento tenuto dall'operatore economico abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità.

Tale valutazione, completamente mancante nei provvedimenti impugnati, sarebbe stata effettuata dal giudice che, sostituendosi all'amministrazione, aveva valutato inaffidabile l'operatore economico, sulla base di un “*fumoso*” richiamo all'*id quod plerumque accidit*, il quale, peraltro, costituisce un parametro di giudizio opposto alla valutazione concreta che si richiede alla stazione appaltante; senza considerare che a fronte della astratta gravità del fatto alla base della condanna v'erano da soppesare l'assoluta lievità della condanna di soli sei mesi, nonché l'intervenuta assoluzione pronunciata dalla Corte d'appello di Torino in riforma della sentenza di primo grado, ormai passata in giudicato.

1.3. Nel quarto motivo di appello la sentenza è criticata per “*Violazione dell'art. 76 § 4 Dir. 2014/25/UE; artt. 30, 80 c. 5 e 83 c. 9 CCP; artt. 1 e 3 l. 241/1990;*

art. 34 c. 2 dlgs 104/2010, art. 12 disp. prel. Falsa applicazione del § IV e § IX del disciplinare; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione del principio del soccorso istruttorio”: il giudice avrebbe errato ad escludere l’ammissibilità del soccorso istruttorio nel caso di specie, a ciò non ostando la lettera dell’art. 83, comma 9, che ammette la possibilità di sanare “*la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni del concorrente*” né la giurisprudenza in materia che lo esclude solo in caso di totale assenza di documentazione al momento della presentazione delle offerte.

1.4. Con ultimo motivo, l’appellante assume che vi sia stata “*Violazione artt. 24 e 97 Cost., art. 1 § 3 Dir. 2007/66/Ce. Falsa applicazione artt. 2 e 39 dlgs. 104/2010, anche in relazione all’art. 100 c.p.c. Violazione del principio di effettività*”; il giudice avrebbe errato a dichiarare inammissibili i motivi aggiunti per carenza di legittimazione a ricorrere: egli non era un *quivis de populo*, aveva invece partecipato alla procedura ed era legittimato a contestare (non solo la sua esclusione, ma anche) gli esiti della stessa; la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, inoltre, avrebbe da tempo affermato che è sufficiente alla proposizione di un valido ricorso anche il solo interesse strumentale alla ripetizione della gara (di cui è titolare anche il ricorrente principale nel caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente proposto da altro partecipante).

2. Preliminarmente va esaminata l’eccezione di inammissibilità dell’appello per mancata riproposizione dei motivi (aggiunti) articolati in primo grado avverso il provvedimento di aggiudicazione a -OMISSIS-, formulata dalla difesa della controinteressata nell’odierna udienza.

L’eccezione è infondata per due ragioni.

In primo luogo, in quanto nella esposizione della vicenda processuale (che precede i motivi di appello), -OMISSIS-. ha riportato i motivi aggiunti proposti avverso il provvedimento di aggiudicazione a -OMISSIS-. , così dando al giudice d’appello la possibilità di conoscere le censure formulate nel primo grado del giudizio.

Inoltre, risulta dalla sentenza impugnata che con i (primi) motivi aggiunti - OMISSIS-. (oltre a proporre autonomo vizio di illegittimità) ha innanzitutto esteso l'originaria domanda di annullamento del provvedimento di esclusione alla successiva aggiudicazione per illegittimità derivata; quest'ultima domanda non è rinunciata, avendo l'appellante formulato istanza di caducazione del contratto e subentro nel servizio per il caso di accoglimento dei motivi di appello; ne segue che, a prescindere dagli autonomi vizi dell'aggiudicazione formulati con i motivi aggiunti in primo grado, occorrerà in ogni caso pronunciare sulla domanda di annullamento per illegittimità derivata in caso di accoglimento dell'appello e annullamento del provvedimento di esclusione.

3. Può procedersi ora all'esame dei motivi di appello. Quattro motivi possono essere esaminati congiuntamente per la stretta connessione delle questioni poste; di essi, il terzo motivo è fondato e comporta riforma della sentenza di primo grado.

3.1. La tesi dell'appellante secondo cui in una procedura di gara che si svolga con la c.d. inversione procedimentale – in cui, dunque, la verifica dei requisiti di partecipazione segue e non precede, come accade in una procedura di gara ordinaria, la fase di valutazione delle offerte – gli operatori economici siano tenuti a rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti generali di partecipazione solo ad aggiudicazione avvenuta non può essere condivisa.

3.1.1. Nessuna indicazione in tal senso si ricava dall'art. 133, comma 8, d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50 che disciplina l'inversione procedimentale dal punto di vista (delle facoltà) della stazione appaltante; è previsto, infatti, che: *“Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificatamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un*

offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice".

In mancanza di espressa previsione derogatoria, vale la regola generale, che si ricava dall'art. 85 d.lgs. n. 50 del 2016 ove è disciplinato il contenuto del D.G.U.E. – documento di gara unico europeo, per la quale al momento della presentazione della domanda di partecipazione ad una procedura di gara gli operatori economici dichiarano il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara (ovvero di non trovarsi in una delle situazioni previste come cause di esclusione dall'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016).

3.1.2. D'altronde, a voler seguire il ragionamento dell'appellante e ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice, giunta alla fase di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, sia tenuta a richiedere al concorrente la presentazione della dichiarazione sul possesso dei predetti requisiti, fino a quel momento legittimamente assente, si avrebbe un allungamento dei tempi procedurali in evidente contrasto con le esigenze di celerità (e semplificazione) che ispirano l'uso dell'inversione procedimentale.

3.1.3. Né può dirsi che una disciplina derogatoria fosse contenuta nella *lex specialis* della procedura di gara: se è vero, infatti, che tra i documenti da inserire nella busta "A" relativa alla "*documentazione amministrativa*" non v'era il D.G.U.E. né altro modello contenente dichiarazioni sui requisiti di partecipazione, è pur vero, come rilevato dal giudice di primo grado, che il bando di gara, al par. III.1.4.3 precisava "*Con la presentazione dell'offerta, si intende che l'operatore economico – e l'eventuale impresa ausiliaria: a. è in possesso di tutti i requisiti di partecipazione di ordine generale, economico – finanziario e tecnico organizzativo di cui al precedente paragrafo III.1 ed è in regola con gli adempimenti previsti dal Bando di gara*", così assegnando alla presentazione dell'offerta un contenuto dichiarativo implicito in ordine all'assenza di motivi di esclusione ed onerando l'operatore economico che in tale condizione non fosse (che, cioè, si trovasse in una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) a

dichiararlo espressamente (proprio per evitare che alla sua offerta fosse attribuito il predetto valore dichiarativo implicito).

3.1.4. La stazione appaltante, poi, può escludere l'operatore economico che accerti essere incorso in una causa di esclusione anche prima di giungere alla fase di verifica dei requisiti generali, che, come ricordato, in caso di inversione procedimentale, è successiva a quella di valutazione delle offerte.

L'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, infatti, che: "*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al comma 1, 2, 4 e 5*"; per la sua portata generale è da ritenersi regola valida anche in caso di procedura di gara che si svolga con l'inversione procedimentale.

Quanto sopra porta a dire infondato il primo motivo di appello.

3.2. E' indubbio, invece, che in caso di omissioni dichiarative di precedenti vicende professionali suscettibili di integrare un "*grave illecito professionale*" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, non è prevista l'automatica espulsione dell'operatore economico dalla procedura di gara, ma la stazione appaltante, venuta a conoscenza della pregressa vicenda, è tenuta a valutare se essa porti a dubitare dell'integrità dell'operatore economico e della sua affidabilità quanto all'esecuzione del contratto di appalto.

In tal senso è consolidata la giurisprudenza amministrativa, che con la sentenza dell'Adunanza plenaria 28 agosto 2020, n. 16 ha precisato che l'omissione dichiarativa non è equiparabile alla falsità e non costituisce di per sé autonoma causa escludente, sufficiente a condurre all'estromissione del concorrente a prescindere dalla concreta rilevanza dell'informazione taciuta (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2022, n. 4965; III, 10 marzo 2021, n. 2043; V, 22 febbraio 2021, n. 1542; V, 14 giugno 2021, n. 4574; V, 15 giugno 2021, 4641).

In altre pronunce è stato puntualmente definito il contenuto della valutazione cui è tenuta la stazione appaltante qualora sia venuta a conoscenza di una

condotta suscettibile di integrare un “*grave illecito professionale*”; in sintesi (secondo Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307 e 27 ottobre 2021, n. 7223) la stazione appaltante è tenuta ad una duplice valutazione: dapprima se si tratti, in ogni aspetto, di un effettivo caso di pregresso “*grave illecito professionale*” e poi in che termini il fatto che lo integra risulti incongruo rispetto all’affidabilità dell’impresa in vista del particolare contratto per il quale è gara.

3.3. Nel caso di specie, tale valutazione è completamente mancata; Trenitalia s.p.a. ha escluso -OMISSIS-. dalla procedura di gara per la sola ragione di aver taciuto al momento della presentazione della domanda di partecipazione la vicenda penale che aveva interessato il presidente del consiglio di amministrazione e il cessato consigliere delegato. Non v’è stato alcun giudizio sulla vicenda in sé e sulla sua idoneità a far dubitare della integrità ed affidabilità del concorrente; l’amministrazione aggiudicatrice si è solo lamentata di non aver potuto esprimere alcuna valutazione perché era stata omessa a tempo debito l’informazione, ma in questo modo è incorsa proprio nel ricordato automatismo espulsivo, essendo evidente che ogni omissione dichiarativa (di pregresse vicende suscettibili di integrare il “*grave illecito professionale*”) impedisce la formulazione di un giudizio completo sulla idoneità morale del concorrente.

3.4. Se, dunque, il secondo motivo di appello è inammissibile – il giudice di primo grado non ha ampliato le ragioni dell’esclusione dalla procedura adottate dalla stazione appaltante con il riferimento al provvedimento sanzionatorio assunto dall’A.G.C.M. – il terzo motivo è invece fondato.

Il giudice di primo grado non si è limitato ad avallare l’automatismo espulsivo, ma ha sopperito alla carenza motivazionale (e di giudizio) reputando la pregressa vicenda penale (per essere intervenuta una sentenza di condanna per il reato di omicidio colposo *ex art. 589, comma 2, cod. pen.* in relazione agli articoli 29, comma 1, 29 comma 1, lett. l) e 3 – *bis*, 37 del d.lgs. n. 81 del 2008) di particolare gravità e idonea a incidere sull’integrità o affidabilità

dell'operatore economico secondo l'*id quod plerumque accidit* (sia pur affermando che siffatta valutazione era da "*intravedersi*" nella motivazione del provvedimento, il quale, però, come detto, non conteneva alcun giudizio sulla pregressa vicenda); in questo modo, però, ha espresso una valutazione che compete alla sola amministrazione aggiudicatrice (come chiaramente precisato dall'Adunanza plenaria nella richiamata sentenza n. 16 del 2020: "*Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»). Laddove invece 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»*").

Come giustamente rilevato dall'appellante è proprio il riferimento all'*id quod plerumque accidit* come criterio di collegamento tra la gravità della condotta e la sua idoneità a far dubitare dell'affidabilità dell'operatore economico che dimostra più di tutto il travalicamento dei limiti segnati dall'art. 34, comma 2, cod. proc. amm.: la valutazione di inaffidabilità non può compiersi secondo un giudizio di probabilità astratta, ma va necessariamente operata in concreto tenendo conto del pregresso episodio e dalle specificità del contratto posto a gara, ed è per questo rimessa alla sola amministrazioni aggiudicatrice (salvo il sindacato successivo del giudice amministrativo).

3.5. In sintesi: -OMISSIS- era tenuta a dichiarare le pregresse vicende professionali, ma Trenitalia s.p.a., una volta venuta a conoscenza – è del tutto indifferente se per iniziativa spontanea dell'appellante o perché espressamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice – non poteva escluderla per il solo fatto di aver omesso l'informazione al momento della presentazione della domanda di partecipazione.

3.6. Alla luce delle esposte considerazioni, il quarto motivo di appello resta assorbito; in relazione alla questione posta dall'appellante in merito alla praticabilità del soccorso istruttorio anche in caso di omessa dichiarazione su “gravi illeciti professionali”, è sufficiente precisare che l'amministrazione aggiudicatrice, richiedendo chiarimenti in merito alla vicenda professionale di cui era venuta a conoscenza – la sanzione irrogata da A.G.C.M. per aver partecipato ad intesa anticoncorrenziale – ha consentito al concorrente di integrare le dichiarazioni omesse, con modalità sostanzialmente equiparabile al soccorso istruttorio.

4. Per le ragioni in precedenza esposte, il ricorso introduttivo del giudizio va accolto e il provvedimento di esclusione di -OMISSIS-. dalla procedura di gara e la sua conferma annullati.

Il quinto motivo di ricorso, rivolto a contestare la declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti proposti avverso il provvedimento di aggiudicazione, è assorbito; poiché è ivi sostenuta la legittimazione del concorrente escluso, in pendenza del giudizio sull'esclusione, a contestare l'altrui aggiudicazione, il motivo è implicitamente subordinato alla reiezione dei motivi di appello.

Il loro accoglimento nei sensi prima esposti e il conseguente annullamento dell'esclusione, ripristinando la posizione (in gara) di -OMISSIS-. , comporta il superamento di ogni dubbio sulla sua legittimazione a contestare l'intervenuta aggiudicazione a -OMISSIS-.

Come anticipato, quest'ultimo provvedimento va annullato in accoglimento della domanda di annullamento in via derivata per illegittimità del provvedimento di esclusione.

Trenitalia s.p.a. dovrà riprendere la valutazione delle pregresse vicende professionali di -OMISSIS-. con le modalità precedentemente indicate e tenendo conto di tutto quanto rappresentato da quest'ultimo nella nota del 12 marzo 2020 e delle ulteriori sopravvenienze emerse nel presente giudizio

(quale, in particolare, la sentenza della Corte d'appello di Torino del 28 settembre 2021, n. 4821).

5. -OMISSIS-. ha riproposto in grado di appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., l'istanza (*rectius*: la domanda) di caducazione del contratto e subentro nel servizio già formulata in primo grado.

A tal riguardo ha allegato che il contratto di appalto è stato sottoscritto con -OMISSIS- il 26 novembre 2020; le altre parti non hanno contestato la circostanza rimarcando, però, che il contratto è in corso di esecuzione e la scadenza è fissata al gennaio 2023 (l'indicazione di "*gennaio 2022*" contenuta a pag. 26 della memoria di-OMISSIS-è un chiaro refuso, essendo la durata del contratto prevista dal bando di gara di 24 mesi prorogabili per altri 12).

5.1. La domanda di declaratoria di inefficacia del contratto va accolta.

Tenuto conto dei rispettivi interessi delle parti, considerata la residua durata del contratto – non potendosi escludere che l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della proroga prevista – nonché la possibilità per l'appellante di risultare aggiudicatario all'esito della ripetizione della fase di valutazione delle offerte, il Collegio ritiene che ricorrano le condizioni previste dall'art. 122 cod. proc. amm. per dichiarare l'inefficacia del contratto a far data dalla pubblicazione della sentenza.

6. Per la parziale novità delle questioni poste ricorrono giusti motivi per compensare tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. -OMISSIS-, accoglie il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato da Trenitalia s.p.a. con -OMISSIS- a far data dalla pubblicazione della presente sentenza.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO

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