

Publicato il 11/08/2021

N. 05852/2021REG.PROV.COLL.
N. 02649/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2649 del 2021, proposto da -
OMISSIS-S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con -
OMISSIS-S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli Avvocati Angelo Clarizia, Paolo Clarizia e
Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Paolo Clarizia in Roma, via
Principessa Clotilde, n. 2;

contro

ATS Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli Avvocati Paola Trudu e Anna Sedda, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-in proprio e quale mandante dell'ATI, -OMISSIS-., non costituiti
in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

-OMISSIS-S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'annullamento della determinazione dirigenziale n. -OMISSIS- dell'11 settembre 2020 e dell'allegato verbale n. -OMISSIS-, con cui è stata disposta l'esclusione del RTI -OMISSIS-/-OMISSIS-dalla procedura di gara indetta per l'affidamento del servizio attivo di sorveglianza antincendio (Sava) e gestione delle emergenze da effettuarsi nell'ambito delle strutture dell'Azienda per la Tutela della Salute della Regione Sardegna, nonché di qualsiasi altro atto e/o provvedimento connesso, ivi compresa, prudenzialmente, la lex specialis di gara;

e concernente l'annullamento in via incidentale della stessa Determinazione Dirigenziale n. -OMISSIS- dell'11.9.2020 nella parte in cui ATS Sardegna non ha disposto l'esclusione del costituendo RTI ricorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. c) e dell'art. 83, comma 1 lett. a) del D.lgs. n. 50 del 2016, e atti connessi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ATS Sardegna;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021, svoltasi in modalità telematica ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28.10.2020 n. 137, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Angelo Clarizia, Paolo

Clarizia, Umberto Ilardo, Paola Trudu, Gianluigi Pellegrino, Lodovico Visone, Fabio Cintioli, Paolo Caruso e Luca Mazzeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR per la Sardegna n.r.g. -OMISSIS-, -OMISSIS-s.r.l., capogruppo mandataria del RTI con -OMISSIS-S.p.a., impugnava l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio attivo di sorveglianza antincendio (Sava) e gestione delle emergenze da effettuarsi nell'ambito delle strutture ATS Sardegna, suddiviso in quattro lotti, del valore complessivo di euro -OMISSIS-euro, per la durata di 60 mesi.

L'esclusione del RTI era stata disposta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.lgs. n. 50/2016, successivamente alla "chiusura definitiva della fase amministrativa", avvenuta con provvedimento del 21 maggio 2020, a seguito della sopravvenuta notizia dell'avvenuta esecuzione della misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti del Presidente del Consiglio di Amministrazione della mandante -OMISSIS-S.p.a.e nonostante la dichiarazione resa dalla stessa società alla stazione appaltante, con nota del 28 maggio 2020, concernente l'adozione di opportune misure di self cleaning (sostituzione del Presidente del Consiglio di amministrazione, rinnovamento dell'intero Consiglio di amministrazione e del Collegio sindacale).

La determina dirigenziale n. -OMISSIS- dell'11.9.2020, su parere dell'Area legale, riteneva "grave illecito professionale", in grado di far venir meno la fiducia e affidabilità dell'operatore, la circostanza che l'amministratore della mandante -OMISSIS-S.p.a. fosse stato sottoposto a misura cautelare e indagine penale, e riteneva irrilevanti le misure dalla stessa società adottate di rinnovo della governance in quanto applicabili solo "pro futuro" e non nella gara in esame.

Peraltro, l'istanza di riammissione in gara quale impresa singola, formulata dalla ricorrente con nota del 14 settembre 2020, essendo in possesso di tutti i

requisiti necessari per partecipare anche da sola alla gara, non aveva ottenuto riscontro dalla stazione appaltante.

2.- Si erano costituiti in giudizio e resistevano l'ATS Sardegna e il RTI controinteressato (secondo classificato in tutti i lotti), che proponeva altresì ricorso incidentale deducendo un'ulteriore motivo di esclusione dalla gara dell'ATI ricorrente per difetto del requisito di idoneità professionale ex art. 83, comma 1, lett. a) D.Lgs n. 50/2016 della mandante -OMISSIS-.

3.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale, compensando le spese di giudizio tra le parti.

Il TAR ha ritenuto che le vicissitudini che hanno interessato il Presidente del Consiglio di amministrazione della mandante del RTI ricorrente, tenuto conto della rilevanza e gravità dei fatti, concretizzano la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, ossia integrano i presupposti del grave illecito professionale idoneo a rendere dubbia l'integrità o affidabilità del concorrente, secondo la discrezionale valutazione della stazione appaltante, che ha compiutamente esperito l'istruttoria e motivato l'apprezzamento della vicenda.

Il TAR ha, inoltre, ritenuto corretta la decisione della stazione appaltante secondo cui le misure di self cleaning poste in essere dalla mandante possano essere favorevolmente apprezzate solo per il futuro.

Quanto all'invocata applicazione dell'art. 48, commi 17, 18, 19 e 19 ter, il TAR ha, infine, ritenuto di adeguarsi al precedente del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5255 del 27 agosto 2020 e di seguire l'interpretazione restrittiva della disciplina relativa alle modifiche soggettive del raggruppamento in corso di gara: l'innovazione normativa apportata dal correttivo al codice degli appalti non può essere intesa quale strumento generale atto ad evitare le conseguenze giuridiche della mancanza (originaria, ossia al momento della presentazione dell'offerta, o sopravvenuta nel corso della gara) di uno dei requisiti richiesti per la partecipazione e lo spazio di applicazione del comma

19 ter dell'art. 48 del codice resta limitato, in corso di gara, alle sole ipotesi di modificazioni soggettive per ragioni organizzative interne al raggruppamento.

4.- Con l'appello in esame, la ricorrente lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza di cui chiede la riforma.

5.- Si è costituita in giudizio l'ATS che chiede il rigetto dell'appello.

6.- Si è costituita anche l'ATI capeggiata da -OMISSIS-, che propone appello incidentale.

7.- E' intervenuta ad adiuvandum -OMISSIS-S.r.l., potenziale fornitrice della ricorrente.

8.- A seguito di scambio di memorie e note di replica, alla pubblica udienza del 15 luglio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non merita accoglimento.

2.- E' infondato il primo motivo di appello con cui la ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48, commi 9, 18, 19 e 19 ter, D.lgs. n. 50/2016.

Ad avviso del Collegio, l'interpretazione della norma proposta dall'appellante non è corretta alla luce della più recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (nn. 9 e 10 del 27.5.2021).

2.1. - I commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 dispongono che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento, occorso in fase di esecuzione, che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di contrattare con la pubblica amministrazione (in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, ovvero qualora si tratti di imprenditore

individuale in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo).

La possibilità di modifica soggettiva del raggruppamento è consentita anche nei casi previsti dalla normativa antimafia e in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80 da parte della mandante o della mandataria (così espressamente dispongono i commi 17 e 18 dell'art. 48).

Il comma 19-ter dell'art. 48, aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara, con le precisazioni contenute nei detti commi e, dunque, deve escludersi l'ipotesi della perdita dei requisiti di cui all'art. 80, circoscritta espressamente alla sola fase esecutiva.

2.2.- In linea generale, va ricordato che già con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, l'Adunanza Plenaria aveva chiarito, ancor prima del correttivo (e così pure la giurisprudenza successiva) che in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale, corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'A.T.I. o al consorzio con finalità elusive della lex di gara e in spregio alla tutela della par condicio.

Dunque, l'ammissibilità della modificazione soggettiva non era preclusa in assoluto, ancor prima del correttivo al codice, ma ammessa solo in senso riduttivo, a condizione che *ab origine* le imprese che restano a far parte del raggruppamento risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169 e 24 febbraio 2020, n. 1379).

Tali enunciati sono stati ribaditi da Adunanza Plenaria n. 9/2021, che privilegia una esegesi "comunitariamente orientata" della norma innovativa dell'art. 48, comma 19 ter, del codice dei contratti pubblici, fondata sul ruolo del principio di parità tra gli offerenti e sul favor per lo sviluppo di una

concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico.

Afferma l'Adunanza Plenaria n. 9/2021 che *“la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento è solo quella dovuta, in fase esecutiva, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunzione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara ... ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto).*

A maggior ragione, si impone che nella fase della procedura di gara il soggetto che ha preso parte ad essa, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e che, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, sul piano del diritto UE, che proprio la fase pubblicistica, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'aggiunzione di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta.”.

2.3. – Nello specifico, la questione dibattuta in questo giudizio concerne l'ampiezza del rinvio contenuto al comma 19 ter, ovvero se tra le circostanze che consentono la modificazione - in senso riduttivo - del raggruppamento in corso di gara, considerate dai comma 17 e 18, rientri anche l'ipotesi ivi contemplata della perdita di uno dei requisiti di cui all'art. 80, che, secondo la testuale disposizione normativa dei commi richiamati, è circoscritta solo “in corso di esecuzione” del contratto.

Il comma 19 ter, che rinvia alle ipotesi tipizzate ai precedenti commi, puramente e semplicemente, senza escludere per la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 l'inciso “in corso di esecuzione”, secondo un'interpretazione

letterale e logica va inteso nel senso di non consentire la modificazione soggettiva se l'evento si verifici in corso di gara.

Ove il legislatore avesse voluto estendere la rilevanza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in corso di gara, lo avrebbe disposto con chiarezza, introducendo il doveroso distinguo nel testo del comma 19 ter.

D'altra parte, non può ipotizzarsi una "distrazione" del Legislatore nella formulazione della norma.

Proprio il comma 18 è stato contestualmente modificato dal correttivo al codice introducendo anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva.

Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione "alla fase di gara" di cui al comma 19 ter, introdotto dallo stesso 'decreto correttivo' vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18 (C.d.S., Sez. V, n. 833 del 28.1.2021).

2.4.- Sul punto specifico è determinante risalire alla ratio della norma.

La finalità della limitazione all'operare della deroga alla regola della immodificabilità del raggruppamento in corso di gara, allorchè sopravvenga un motivo di esclusione, va individuata nella tutela del principio di parità di trattamento tra i concorrenti e, in definitiva, della concorrenza.

Come osserva C.d.S., Sez. V, n. 5255 del 27.8.2020 *“una lettura dei commi 19 e 19-ter dell'art. 48 del Codice che tenga conto degli specifici principi operanti nella fase procedimentale dedicata all'individuazione del contraente, si impone alla luce della giurisprudenza europea che ha esaminato la questione della ammissibilità di modifiche soggettive degli offerenti (o dell'identità giuridica e sostanziale degli offerenti, secondo la formula delle sentenze della Corte di Giustizia UE).*

La Corte, infatti, muovendo dai principi generali del diritto dell'Unione Europea e soffermandosi in particolare sul principio della parità di trattamento tra gli offerenti, ha ricordato come quest'ultimo principio "ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico [e] impone che tutti gli

offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti" (sentenza 11 luglio 2019, nella causa C-697/17, Telecom Italia, punto 33); e con riguardo alla modifica della composizione del raggruppamento in corso di gara ha affermato che "il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza" (Corte Giustizia UE, 24 maggio 2016, in causa C - 396/14, punto 48 e dispositivo, richiamata da Corte di Giustizia UE, 11 luglio 2019, in C-697/17, sopra citata).

I limiti in punto di ammissibilità delle modifiche soggettive del raggruppamento in corso di gara discendono, pertanto, dai fondamentali principi di parità di trattamento tra i concorrenti e di concorrenza. In questa prospettiva, infatti, una diversa valutazione della rilevanza della perdita (in corso di gara) di un requisito soggettivo di partecipazione, a seconda che il concorrente cui è imputabile la causa di esclusione si presenti in forma associata o non, configurerebbe una lesione della parità di trattamento tra gli offerenti, consentendo agli operatori economici componenti del raggruppamento di evitare (con lo strumento del recesso) la sanzione espulsiva, che normalmente si applicherebbe nei confronti degli altri concorrenti (ove colpiti dalla stessa causa di esclusione)".

2.5.- L'Adunanza Plenaria, sebbene non abbia direttamente affrontato la problematica, ha confermato l'indirizzo interpretativo della V Sezione del

Consiglio di Stato, cui ha espressamente rinviato, citando tra l'altro la delibera ANAC del 211 n. 555 (cfr. punti 23.3 e 36 della sentenza n. 10/2021, dove si afferma che la sostituzione interna al raggruppamento in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 vale solo in corso di esecuzione).

2.6.- Il Collegio ritiene che vada confermata la recentissima indicazione interpretativa dell'Adunanza Plenaria, che rinvia alle approfondite motivazioni delle sentenze della V Sezione citate, e che non sussistano i presupposti per una rimessione della specifica questione, atteso che il contrasto tra le Sezioni è anteriore alle ultime recentissime pronunce dell'Adunanza Plenaria.

3.- Infondato è anche il secondo motivo di appello con cui la ricorrente censura la statuizione di rigetto del secondo motivo del ricorso introduttivo, concernente le valutazioni della stazione appaltante e l'istruttoria condotta circa l'illecito professionale ritenuto nei confronti della mandante -OMISSIS-S.p.a., così come le censure svolte nei confronti delle statuizioni della sentenza riguardanti l'efficacia delle misure di self cleaning adottate dalla mandante stessa.

3.1.- Deve sottolinearsi, infatti, in primo luogo, che l'Amministrazione, nell'esercizio dell'ampio potere tecnico – discrezionale attribuitole dall'art. 80, comma 5, lett. c) del codice degli appalti, ben può utilizzare ogni tipo di elemento idoneo e “mezzi adeguati” a desumere l'affidabilità del concorrente. Difatti, secondo consolidata giurisprudenza, la circostanza che l'operatore economico si sia reso “colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attinge ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (Consiglio di Stato sez. III, 11/06/2019, n.3908).

L'elencazione delle cause rilevanti sulla valutazione di affidabilità del concorrente, sotto la vigenza del precedente e dell'attuale codice, deve intendersi come meramente esemplificativa, di talché la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti professionali" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231) se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria (tra le tante, (Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136; C.d.S, IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

La giurisprudenza ha messo in luce l'ampia discrezionalità dell'Amministrazione fondata sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della P.A. fin dal momento genetico e, di conseguenza ai fini dell'esclusione di un concorrente, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede, connotata dall'elemento psicologico della colpa grave e da lesività non di scarsa entità, che rilevi sulla moralità e affidabilità dell'impresa (*ex multis*, Consiglio Stato sez. V, 17/09/2018, n.5424; sez. V, 26/07/2016, n.3375; 22 febbraio 2011, n. 1107).

3.2.- In questo quadro si è affermato, anche sotto la vigenza del precedente codice, che il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa

adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale (Consiglio di Stato sez. VI, 01/02/2013, n.620).

3.3. - Più specificamente, si è ritenuto che il decreto di rinvio a giudizio (cui va equiparato il caso di citazione a giudizio) rilevano ai fini dell'esclusione discrezionale a condizione, però, che sia relativo a condotte tenute nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, di modo che essa costituisca "vicenda professionale" suscettibile di essere qualificata come "grave illecito professionale" e purché sia riferibile ad uno dei soggetti elencati all'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, sez. V, 13/05/2021, n.3772 e 29 ottobre 2020, n. 6615).

3.4. - E' stato poi definito puntualmente il contenuto della valutazione cui è tenuta la stazione appaltante qualora sia venuta a conoscenza di una condotta potenzialmente suscettibile di integrare un "grave illecito professionale" incidente sulla affidabilità e integrità del concorrente (priva di portata escludente automatica).

In particolare (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307) è stato precisato che:

- 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;

- da quest'ultimo punto di vista, il giudizio della stazione appaltante "non può che investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale", considerato che l'apprezzamento del medesimo fatto in sede penale e da parte dell'amministrazione ex art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici è ben distinto proprio per le diverse finalità istituzionali della valutazione e gli inerenti parametri normativi;

- non occorre un giudicato sulla vicenda addebitata al concorrente per poterne trarre ragioni di inaffidabilità o non integrità giustificanti la sua esclusione (e cioè che il fatto sia stato accertato in sede penale con sentenza definitiva), poiché l'amministrazione è investita di un autonomo e distinto apprezzamento in funzione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara (C.d.S. Sez. V, 27/11/2020, n.7471 e 13/05/2021, n.3772;)

3.5. - Si tratta di un potere discrezionale, soggetto al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti. Perciò il giudice amministrativo, posta la ragionevole opzione legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di ritenuta inaffidabilità dell'impresa, deve prendere atto, nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto, della scelta di rimettere alla stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente.

Onde il relativo sindacato, propriamente incentrato sulla motivazione del rifiuto, va rigorosamente mantenuto sul piano della verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione.

Alla luce di ciò, nel caso di fatti oggetto di verifica in sede penale, è necessario e sufficiente che l'Amministrazione dia adeguato conto: a) di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova; b) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente (Consiglio di Stato sez. V, 17/09/2018, n.5424).

3.6. - Facendo applicazione delle richiamate coordinate interpretative deve ritenersi legittimo il provvedimento di esclusione in esame, osservando che:

- dal verbale n. -OMISSIS-, allegato alla delibera di esclusione, emerge l'attività istruttoria compiuta, essendo stata deliberata l'esclusione a seguito del contraddittorio instaurato con la società -OMISSIS-S.p.a. con nota del

9.6.2020 prot. -OMISSIS-, con richiesta di chiarimenti e circostanze inerenti la notizia appresa inizialmente a mezzo della stampa, nonché a seguito di acquisizione di parere dell'Area Legale;

- è stata ritenuta rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice degli appalti la comunicazione di garanzia con misura cautelare domiciliare relativa alle ipotesi di reato ex art. 319, 319 bis, 321 e 353 bis c.p. nei confronti del Presidente del Consiglio di Amministrazione della società -OMISSIS-S.p.a. "tenuto conto della specifica attività che l'operatore economico è chiamato a svolgere nonché dell'ingente valore economico e della valenza strategica dell'appalto", in ciò sintetizzandosi l'apprezzamento negativo del grave fatto di corruzione (anche se non specificati nel verbale le modalità e circostanze del fatto, conosciute però dall'Amministrazione anche perché ampiamente illustrate dalle note di riscontro dell'Avv. Ilardo - in atti - indirizzate all'ATS Sardegna, ove si accenna a "regalie e tangenti");

- stante la natura dell'imputazione, l'apprezzamento della Stazione appaltante non necessita di eloquenti motivazioni in relazione alla ritenuta incidenza sul requisito di "integrità e affidabilità" e sulla attinenza al requisito della "professionalità", essendo evidente l'idoneità di determinate condotte a turbare imparzialità e trasparenza delle procedure di gara.

4.- Quanto all'ulteriore profilo di censura, riguardante l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante delle misure di self cleaning tempestivamente messe in atto da -OMISSIS-S.p.a. e la contraddittorietà della decisione del primo giudice (che avrebbe ritenuto favorevolmente apprezzate le misure organizzative adottate e tuttavia efficaci solo per le gare future, in contrasto con l'art. 80, commi 7 e 8, del codice degli appalti, con la Direttiva UE 24/2014 e la giurisprudenza comunitaria), il Collegio rileva, al contrario, che dal verbale n. -OMISSIS-emerge una valutazione discrezionale della stazione appaltante non censurabile.

4.1.- L'art. 80, comma 7, del codice dei contratti prevede che nei casi di cui al comma 5 il concorrente è ammesso a provare di aver risarcito o essersi

impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato concreti provvedimenti organizzativi, tecnici e relativi al personale, idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Il comma 8 attribuisce alla stazione appaltante la discrezionalità di valutare se le misure adottate siano sufficienti e, in tal caso, l'operatore non è escluso.

4.2. - Il verbale n. -OMISSIS-si esprime nel senso della non sufficienza delle misure adottate poichè ritiene di non poter apprezzare positivamente nella gara in corso la prevenzione del rischio di ulteriori comportamenti inaffidabili, "tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze dell'illecito", aderendo all'indirizzo giurisprudenziale che ritiene operanti "pro futuro" le misure di self cleaning.

L'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione non appare viziato, alla luce del richiamato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui le misure poste in essere allo scopo di evitare la sanzione espulsiva e dare prova del superamento delle criticità che avevano minato l'affidabilità dell'impresa potrebbero logicamente operare solo per le future gare.

Il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di self-cleaning di cui al comma 7 dell'art. 80 e per la loro allegazione alla stazione appaltante è da ritenersi logicamente ancorato al termine di presentazione delle offerte, posto che una facoltà di adozione o allegazione successiva si paleserebbe, a tacer d'altro, alterativa della par condicio dei concorrenti (C.d.S., Sez. V, 21/01/2020, n. 478; sez. V, 06/04/2020, n. 2260; 24/01/2019, n. 591 e 17 settembre 2018, n. 5424; parere Cons. Stato, comm. spec., 18 giugno 2018, n. 1567).

5.- Essendo infondato l'appello principale, non sussiste interesse all'esame del ricorso incidentale.

6.- In conclusione, l'appello principale va respinto, mentre deve dichiararsi improcedibile l'appello incidentale.

7.- In considerazione della novità delle questioni trattate, le spese di giudizio si compensano tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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 9, paragrafo 1, 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 i soggetti privati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE

Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO

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

