

Publicato il 15/11/2019

N. 02421/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00656/2019 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 per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 656 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'ATI con -OMISSIS-, e -OMISSIS-, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Paolo Sansone, Eleonora E.L. Bonsignori, Roberto Maria Bisceglia e Sara Pedace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Enpam Real Estate S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Giustiniani, Nico Moravia e Fiorenza Resta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, c/o Segreteria T.A.R. Lombardia;

nei confronti

G.P.C. S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con L.G.R. Appalti Srl e Alli Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michela Reggio D'Acì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Beatrice Zammit in Milano, alla via Durini 5;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina n.9, in data 19/02/19, comunicata con nota prot. 1113 del 20/02/19, con cui Enpam Ral Estate ha concluso il procedimento revocando l'aggiudicazione definitiva già disposta a favore dell'ATI -OMISSIS-;
- di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo ivi incluso, ove occorra, la nota del 4/02/19 di avvio del procedimento poi conclusosi con la determina 9/19;
- dell'eventuale aggiudicazione, se intervenuta, in favore della controinteressata;
- e per la condanna in forma specifica della Stazione Appaltante ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente ATI -OMISSIS- - Consorzio ReseArch;
- nonché per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto laddove stipulato con la controinteressata e con richiesta di subentro, ai sensi dell'art. 122 del CPA, nell'esecuzione dello stesso.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della determinazione n. 13 del 13.3.2019 di aggiudicazione definitiva della gara all'RTI G.P.C. Srl (mandataria)/L.G.R. Appalti srl/Alli Costruzioni Srl.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enpam Real Estate S.r.l. e di G.P.C. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella udienza pubblica del giorno 19 giugno 2019 Rocco Vampa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Enpam Real Estate s.r.l (anche Enpam RE) - società il cui capitale sociale appartiene integralmente alla Fondazione dell'Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri (Fondazione ENPAM) e che gestisce le proprietà immobiliari della Fondazione- indiceva nel giugno 2018 una gara per la realizzazione di opere di adeguamento alle disposizioni di prevenzione incendi di un immobile di proprietà della Fondazione sito in Assago.

1.1. All'esito della disamina delle offerte, Enpam RE, con determina n. 41 del 28.11.2018, disponeva la aggiudicazione definitiva della gara in favore della Ati -OMISSIS-, collocatasi al primo posto in graduatoria.

1.2. In data 4.2.2019, tuttavia, la stazione appaltante, rilevate talune incongruenze e le dichiarazioni rese in sede di gara dal mandante -OMISSIS-, nonchè dalla consorziata designata da quest'ultimo (Kairos Restauri srl) e le risultanze del casellario informatico ANAC

avviava il procedimento volto alla revoca dell'aggiudicazione definitiva, all'uopo assegnando all'Ati il termine di dieci giorni per fornire chiarimenti.

1.3. All'esito della valutazione delle deduzioni presentate dalla ricorrente, Enpam RE provvedeva, con determina n. 9 del 19 febbraio 2019 comunicata in data 20 febbraio 2019, a revocare la aggiudicazione in favore Enpam RE.

1.4. Il provvedimento di ritiro in autotutela si fondava sulla mancata dichiarazione delle seguenti circostanze (di poi acclamate per tramite della consultazione del casellario ANAC):

- provvedimento di sospensione della durata di mesi due dalla partecipazione a gare pubbliche a carico del mandante dell'ATI, -OMISSIS-, siccome risultante da una annotazione del 21.5.2009;
- provvedimento di esclusione da una procedura di evidenza pubblica adottato nei confronti di Research (annotazione del 19.6.2009) per violazione del divieto di partecipazione simultanea di consorzio stabile e consorziata nelle medesima gara;
- provvedimento di interdizione alla contrattazione con le PP.AA. e alla partecipazione a gare pubbliche emesso in data 8 luglio 2014 dal Ministero delle infrastrutture a' sensi dell'art. 14, comma 1, d.lgs. 81/08, nei confronti di Kairos Restauri s.r.l. (Kairos) (indicata come consorziata esecutrice da Research) della durata di giorni 8.

1.5. Enpam RE, in particolare, reputando inaccoglibili la tesi dell'Ati circa la "irrilevanza" di dette omissioni dichiarative, testualmente ribadiva che:

- *“la Mandante e la Consorziata esecutrice del RTI aggiudicatario hanno omesso di dichiarare notizie iscritte nel Casellario informatico dell'ANAC rispetto alle quali - seppure a fini diversi (l'una ai sensi della lett. c), l'altra ai sensi della lett.*

f), del medesimo art. 80, comma 5, del D.lgs. n. 50/2016) - si pone un onere dichiarativo per il solo fatto di essere - e fino a quando risulteranno - iscritte nel Casellario”;

- “la valutazione, del tutto discrezionale, dei fatti sottesi alle annotazioni sarebbe dovuta avvenire in un momento successivo alla dichiarazione dei fatti medesimi e l’aver violato, in sede di partecipazione alla gara, l’onere dichiarativo preclude proprio una simile valutazione; né sussiste alcun obbligo di soccorso istruttorio”.

Di qui la revoca della aggiudicazione, “per avere il medesimo RTI reso, in fase di partecipazione alla gara, false dichiarazioni in merito a circostanze utili (quelle prescritte dall’art. 80, comma 5, lett. c) ed f) del D.lgs. n. 50/2016) ai fini di una corretta e consapevole valutazione da parte della Stazione Appaltante, integrando ciò un’ipotesi tipizzata di ragione escludente ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D.Lgs. n. 50/2016)”.

1.6. Avverso tale provvedimento di revoca –dopo avere inutilmente tentato di stimolare l’esercizio della potestà di autotutela della stazione appaltante, con istanza del 27 febbraio 2019 rimasta priva di riscontro- insorgeva l’Ati -OMISSIS-, a motivi del gravame essenzialmente deducendo:

I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5 e dell’art. 34 cpa; erroneità dei presupposti per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria ed errore manifesto, per avere la stazione appaltante ingiustificatamente tenuto in non cale il di per sé dirimente rilievo per cui il provvedimento di sospensione di mesi due a carico di Research –*id est*, una delle tre circostanze “non dichiarate”, poste a fondamento dell’impugnato atto di revoca- è stato caducato dal Tar Lazio, con sentenza n. 12846/09, passata in giudicato, siccome peraltro attestato dalla annotazione completa di cui al casellario ANAC;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 10, del D.vo n. 50/2016, dell'art. 1, comma 1, lett. a) della L. 11/2016, dell'art. 57, comma 7, della direttiva n. 2014/24/UE, attesa in ogni caso la irrilevanza dei tre episodi "omessi", in quanto verificatisi in tempo risalente, ben oltre il triennio antecedente la pubblicazione del bando, e dunque non aventi carattere ostativo ai sensi dell'art. 80, comma 10, d.lgs. 50/16 e dell'art. 57, comma 7, della direttiva UE n. 2014/24: di qui la inesistenza, di un obbligo, per la concorrente, di dichiarare fatti e circostanze affatto irrilevanti ai fini della sua partecipazione/esclusione dalla gara, a nulla rilevando che tali circostanze fossero ancora oggetto di annotazione nel casellario ANAC;

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f); eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione avuto riguardo all'inesistenza di indici concreti di compromissione dei valori tutelati dalle previsioni di cui alla lett. c) ed alla lett. f) del codice; di qui la inapplicabilità della causa di esclusione (e, dunque, di revoca della aggiudicazione) contemplata all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), al caso di specie, ove si verte in tema di omissione di dichiarazioni (di circostanze irrilevanti) e non già di dichiarazioni false o non veritiere; nella fattispecie, peraltro, essendo già intervenuta l'aggiudicazione, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare in concreto la rilevanza di tale contegno omissivo –ai fini della valutazione circa la esistenza di cause ostative ovvero di un "grave illecito professionale" a' sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c)- anziché imitarsi ad "invocare il formale rispetto della lett. f-bis) in rubrica";

IV) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.vo n. 50/2016 - Violazione del giusto procedimento - Violazione e falsa applicazione

lex specialis - Eccesso e/o carenza di potere – Carente e/o insufficiente motivazione – Carente e/o insufficiente istruttoria; attesa la irrilevanza del risalente episodio ascritto a Research –circa la partecipazione contemporanea ad una gara del consorzio stabile e della consorziata non designata- condotta che “*da oltre 10 anni...non integra illecito professionale*”; di qui la inesistenza di un “*onere/obbligo dichiarativo a carico del concorrente*”;

V) Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 del D.vo n. 50/2016 - Violazione del giusto procedimento - Violazione e falsa applicazione *lex specialis* - Eccesso e/o carenza di potere – Carente e/o insufficiente motivazione – Carente e/o insufficiente istruttoria, stante la irrilevanza anche dell’episodio relativo alla consorziata designata Kairos Restauri, relativo ad un provvedimento interdittivo emanato oltre tre anni prima (luglio 2014) rispetto all’avvio della procedura di che trattasi; di qui la inesistenza dell’obbligo dichiarativo di un episodio annotato nel casellario (e, dunque, in alcun modo occultabile); in ogni caso non sarebbe in discussione la buona fede dell’Ati ricorrente, che ha dichiarato per Kairos la esistenza di una precedente risoluzione contrattuale (non risultante dal casellario).

1.7. Le medesime doglianze, poi, venivano poste a fondamento del successivo atto recante motivi aggiunti, pel tramite del quale la ricorrente provvedeva a gravare anche il successivo provvedimento, n. 13 del 13 marzo 2019, di aggiudicazione definitiva dell’appalto al RTI G.P.C. s.r.l.

1.8. Si costituivano in giudizio Enpam RE e l’aggiudicatario della gara, instando per la reiezione del gravame e dei motivi aggiunti.

1.9. Illustrate le rispettive posizioni con memorie e atti di replica, all'esito della discussione tenutasi nella pubblica udienza del 19 giugno 2019, la causa veniva introitata per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso, i cui plurimi motivi ben sono suscettibili di congiunta disamina, è fondato.

2. Va in via liminare rilevato che il contegno ascritto all'Ati ricorrente – e che ha giustificato il “ritiro” della aggiudicazione definitiva già disposta in suo favore - è stato dalla stazione appaltante sussunto nel paradigma normativo di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), d.lgs. 50/2016, a tenore del quale *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto (...) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazioni o dichiarazioni non veritiere”*.

2.1. La stazione appaltante, indi, ha:

- qualificato il *contegno omissivo* tenuto dalla ricorrente nei termini di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), d.lgs. 50/16 (dichiarazioni non veritiere); e ciò per avere reso *“false dichiarazioni in merito a circostanze utili”* ai fini di una corretta e consapevole valutazione della stazione appaltante circa la sussistenza: *i)* per quanto attiene ai provvedimenti a carico della mandante Research (provvedimento di sospensione di due mesi; esclusione da una gara d'appalto per violazione del divieto di partecipazione simultanea di consorzio stabile e consorziata) dei *presupposti per l'esercizio della potestà discrezionale di esclusione ex art. art. 80, comma 5, lett. c)* (eventuale idoneità dei fatti “celati” ad integrare un *“grave illecito professionale”* idoneo ad incidere sulla affidabilità ed integrità della impresa); *ii)* per quanto concerne il provvedimento interdittivo a carico della consorziata Kairos, della *causa ostativa ex lege*

contemplata all'art. 80, comma 5, lett. f) (provvedimento di interdizione a contrarre e a partecipare a gare pubbliche), oltre che della “possibile” causa di esclusione di cui alla lett. c);

- da siffatta qualificazione ha fatto discendere –quale portato di un'*actio* vincolata- la esclusione dell'Ati dalla gara; e ciò in quanto “*La disposizione della lettera f bis) non consente, in caso di omessa o falsa dichiarazione alcuna valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, e si riferisce sia alle informazioni false o fuorvianti che all'omissione di informazioni dovute (cfr. Cons. Stato, V, n. 6576/2018)*” (CdS, III, 22 maggio 2019, n. 3331; Id., id, 23 agosto 2018, n. 5040; CdS, parere 2042/2017).

2.2. La norma applicata da Enpam RE, introdotta dall'art. 49, comma 1, lett. d), del d.lgs. 56/17 (cd. correttivo al codice degli appalti):

- munisce di espresa *sanctio iuris*, il generale obbligo di *clare loqui* –a sua volta espressione dei canoni fondamentali di buona fede e correttezza che devono sempre e comunque informare i rapporti tra le parti, sin dal momento del loro primo “contatto”- allo scopo di rendere effettivo il flusso di informazioni che deve pervenire alla stazione appaltante ad opera dei partecipanti, sancendo l'autonoma rilevanza della veridicità delle dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione;

- riecheggia in parte la disposizione dell'art. 57, paragrafo 4, lett. h), della direttiva 2014/24/UE, che attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici la potestà di esclusione del partecipante alla gara che “*si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di*

selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59”.

2.3. Orbene, lo scrutinio della legittimità dell'operato della intimata società –e, segnatamente, della qualificazione della condotta tenuta dalla ricorrente- non può che prendere le mosse dalla retta individuazione e delimitazione dell'obbligo dichiarativo (asseritamente infranto) gravante in capo ai partecipanti alla procedura.

2.3.1. 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:

- *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.).

2.3.2. 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).

2.3.3. La natura *ancillare e strumentale* dell'obbligo di informazione, rispetto alle ipotesi legittimanti la esclusione, vale dunque 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 esplicitare 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.

2.4. *Nulla quaestio*, in proposito, 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 per 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 opera delle competenti Autorità amministrative).

2.4.1. 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, compreso quello *ex art. 14 d.lgs. 81/08* che qui viene in rilievo);

- ovvero, dallo stesso art. 80 del d.lgs. 50/16, che al comma 10 (siccome modificato con il d.lgs. 56/2017), puntualmente delimita e circoscrive la efficacia temporale della valenza ostativa delle sentenze di condanna e degli atti di “*accertamento definitivo*”; si è in presenza, in questi casi, del fenomeno, ben noto alla teoria generale, della cd. *digressione dell’atto in fatto*: la sentenza o il provvedimento amministrativo di accertamento della violazione sono presi in considerazione da *altra* norma, e ad *altri* fini, per inferirne un giudizio normativo di “*incapacità*” o di “*inaffidabilità*” per un determinato periodo temporale.

Tale limitazione temporale, per vero, risulta chiaramente contenuta all’art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, al fine attuata con il decreto “correttivo” n. 56/17 e le modifiche all’uopo apportate all’art. 80, comma 10, del codice.

2.4.2. Di talchè, per quel che qui viene in rilievo, ai provvedimenti interdittivi amministrativi, salvo che essi rechino una maggiore durata della inibizione a contrarre, può riconoscersi valenza ostativa per un periodo in ogni caso non superiore a tre anni, “*decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo*” (art. 80, comma 10, d.lgs. 50/16). Siccome da ultimo affermato in una pronunzia puntualmente richiamata da parte ricorrente, “*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).

2.4.3. E' questa la tesi che si reputa preferibile (contra, CdS, V, 1644/19; Id., id. 6530/18), volta a legare indissolubilmente il limite temporale di cui all'art. 80, comma 10 (e all'art. 57, par. 7) anche alla potestà discrezionale di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), in conformità:

- del dettato sovranazionale, atteso che l'art. 80, 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;
- delle statuizioni da ultimo 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);
- 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 indubabilmente rientrano quelle afferenti agli illeciti “anticoncorrenziali”, come ancora da ultimo 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).

2.4.4. Trattasi di ipotesi in cui il divisamento degli interessi, e la valutazione di “inaffidabilità” (o di carenza dei requisiti di “onorabilità”), ovvero la valutazione di *potenziale rilevanza* delle informazioni ai fini dell’esercizio della discrezionale *potestas* di cui all’art. 80, comma 5, d.lgs. 50/16, è effettuata in via generale ed astratta dalla norma ed è, pertanto, pienamente percepibile e conoscibile dall’operatore professionale; di qui la *esigibilità* del relativo obbligo dichiarativo.

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 ovvero 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.), 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, 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* divise ovvero demandate al *munus* deliberativo e decisorio della Autorità aggiudicatrice.

2.5. Più problematica, d’altra parte, si appalesa la individuazione del contenuto dell’obbligo dichiarativo in relazione alla atipica e residuale clausola di esclusione contemplata all’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/16, nella sua omnicomprensiva formulazione *ratione temporis* applicabile (*id est*, prima delle modifiche intervenute per effetto del d.l. 135/18, conv. in l. 12/19).

2.5.1. 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*.

2.5.2. All’uopo, vengono enumerate una serie di condotte che la stazione appaltante, nell’esercizio della propria discrezionalità, può sussumere nella nozione di “*gravi illeciti professionali*” incidenti sulla affidabilità ed “onorabilità” del partecipante:

- risoluzione di un precedente contratto di appalto per carenze nella esecuzione, al di là ed a prescindere dalla pendenza di un giudizio, siccome chiarito da ultimo dalla CGUE (sentenza 19 giugno 2019,

causa C-41/18), per cui la “*contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione*” non vale a precludere alla stazione appaltante in altra gara, di valutare i fatti cui detta risoluzione afferisce al fine di formulare un compiuto giudizio circa la affidabilità dell’operatore ai sensi dell’art. 57, par. 4, lett. c) e g) della direttiva 2014/24/UE;

- tentativo di influenzare il processo decisionale della Amministrazione, o di ottenere informazioni riservate;
- trasmissione, anche per negligenza, di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione, ovvero omessa dichiarazione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

2.5.3. Trattasi di una elencazione meramente esemplificativa, potendo la stazione appaltante desumere il compimento di gravi illeciti da ogni altra vicenda pregressa dell’attività professionale dell’operatore economico.

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).

2.5.4. Già in relazione alla previgente direttiva, i Giudici dell’Unione hanno 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).

2.5.5. 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).

2.5.6. 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.

In altre parole, la latitudine dell'obbligo dichiarativo è specularmente legata a quella della causa 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 ("grav?");
- la selezione delle informazioni effettivamente dovute alla stazione appaltante, al fine di consentirle l'esplicazione del proprio *officium* di valutazione discrezionale.

2.5.7. Orbene, 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 tributaria 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, 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'onere, 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.).

2.5.8. 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 (fin quando perduri la loro rilevanza giuridica, a' sensi dell'art. 80, comma 10) –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 foggata 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).

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 inadempito- 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).

2.5.9. 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 *autoresponsabilità*, precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza che reciprocamente gravano sulle parti del rapporto o del contatto.

2.6. Orbene, nella fattispecie in esame, all’art. 15, parte III, del bando di gara (pag. 20) è testualmente dato leggere che il “*concorrente deve dichiarare di non trovarsi in una delle condizioni ostative previste dall’art. 80 del*

d.lgs. 50/2016 o dalle ulteriori disposizioni normative che precludono soggettivamente gli affidamenti pubblici”, nel mentre nella parte V si dispone che “*il possesso dei requisiti di cui all’art. 80 del d.lgs. 50/2016 deve essere dichiarato dal legale rappresentante/procuratore dell’operatore economico che presenta il DGUE con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 del medesimo art. 80*”. 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.

2.6.1. Ora, le informazioni la cui “omissione” è stata ascritta da Enpam RE all’Ati ricorrente –cui si imputa, in forza di tale omissione, un contegno mendace a’ sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. 50/16- afferiscono a fatti che pacificamente, ciò che *non è contestato* ed è anzi *apertamente riconosciuto* dalla stazione appaltante:

- *non costituiscono* oggetto di specifici obblighi dichiarativi foggiate dalla stazione appaltante, e di poi trasfusi nella *lex specialis*, nonché nei moduli predisposti per la partecipazione alla gara;
- *non rientrano* nelle ipotesi ostative contemplate dalla legge.

Sotto tale ultimo profilo, invero, va rilevato che le circostanze non dichiarate dalla ricorrente si concretano:

- a) in un provvedimento inibitorio non più esistente, in quanto caducato dal Giudice amministrativo già nel 2009;
- b) in un provvedimento di esclusione da una gara, parimenti risalente al 2009, per un fatto che da lungo tempo ormai non è più considerato antiggiuridico (partecipazione contestuale alla gara di consorzio e consorziata non designata);

c) in un provvedimento interdittivo della durata di 8 giorni, adottato *ex art.* 14 d.lgs. 81/08 dal Ministero delle infrastrutture in data 8 luglio 2014 (annotato in data 7.2.2015), comunicato in data 15 luglio 2014 e la cui efficacia è cessata, pertanto, in data 23 luglio 2014.

2.6.2. In particolare, anche tale ultimo provvedimento elencato *sub* lett. c), invero, non mai varrebbe ad integrare una ipotesi di esclusione dalla partecipazione a gare, stante:

- la durata assai esigua dello *spatium temporis* (di appena 8 giorni, spirato in data 23 luglio 2014) di “interdizione” dalla contrattazione e dalla partecipazione a procedure di evidenza pubblica recato da tale provvedimento; di qui la inesistenza della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. f), al momento della indizione della gara e della presentazione della domanda da parte della ricorrente;

- il chiaro disposto dell’art. 80, comma 10, 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 dall’accertamento definitivo, “*nei casi di cui commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna*”, e, dunque, anche per il provvedimento adottato nei confronti della consorziata Kairos Restauri (interdizione *ex art.* 14 d.lgs. 81/08) rientrante appieno nella previsione di cui all’art. 80, comma 5, lett. f), d.lgs. 50/16.

E, invero, il decorso del triennio vale a deprivare *ex se* di rilevanza giuridica il fatto oggetto dell’*accertamento definitivo*, la cui conoscenza è *in nuce non utile* per la stazione appaltante, giammai potendo rientrare nel processo decisionale prodromico alla esclusione *ex art.* 80, comma 5, lett. c).

2.6.3. Ne discende la inesistenza del presupposto stesso su cui si fonda la qualificazione di “*falsità*” attribuita dalla stazione appaltante alle dichiarazioni “*omesse*” dall’Ati ricorrente, *id est* l’essere le stesse riferite (pag. 3, provvedimento di revoca) a “*circostanze utili... ai fini di una corretta e consapevole valutazione*”, vale a dire “*quelle prescritte*”:

- “*dall’art. 80, comma 5, lett. c)*”, stante la inesistenza del fatto (sospensione di due mesi di Research, annullata in sede giurisdizionale), la attuale mancanza di antiggiuridicità del fatto (in ogni caso assai risalente) cagionante la esclusione da un appalto di Research, il decorso di oltre un triennio dall’adozione del provvedimento interdittivo a carico di Kairos;

- “*dall’art. 80, comma 5, lett. f)*”, atteso che il provvedimento interdittivo a carico di Kairos (della durata di soli 8 giorni) ha compiutamente dispiegato la sua efficacia già nel luglio 2014.

Né, tampoco la dichiarazione di tali circostanze è stata espressamente imposta dalla *lex specialis*, che ben poteva all’uopo partitamente ed inequivocabilmente indicare i fatti e le informazioni all’uopo reputate necessarie (con una prescrizione, ad esempio e per quel che qui rileva, che obbligasse *apertis verbis* i partecipanti della procedura a dichiarare tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi applicati nei loro confronti in un più o meno ampio lasso temporale).

2.6.4. Né può assumere alcun rilievo la circostanza –che pure è valorizzata nel provvedimento di revoca della aggiudicazione e nelle stesse difese di Enpam RE- per cui i fatti *de quibus* fossero annotati nel casellario informatico Anac, ciò che avrebbe determinato *ex se* un obbligo dichiarativo in capo all’operatore.

E, invero:

- le annotazioni di fatti e circostanze nel casellario Anac –e la loro perduranza nel tempo- non mai possono valere di per sé sole ad integrare un obbligo di dichiarazione in capo al partecipante, astretto esclusivamente alle disposizioni di legge nonché alle prescrizioni di gara; ciò che solo assume rilevanza, ai fini che ci occupano, è la valenza *intrinseca* delle informazioni, anche solo potenzialmente “incidente” sul processo decisionale della stazione appaltante, e non già la circostanza *estrinseca* della loro annotazione nel casellario;

- in ogni caso, se la stazione appaltante avesse davvero inteso assegnare rilevanza a tale dato estrinseco ben avrebbe potuto e dovuto chiaramente estrinsecarlo nella *lex specialis*.

E ciò anche a voler obnubilare ogni considerazione circa la dubbia ragionevolezza di una previsione siffatta che –in quanto volta ad addossare in capo ai concorrenti obblighi dichiarativi di fatti che agevolmente possono essere acquisiti dalla stazione appaltante, mercè la mera consultazione della banca dati- avrebbero invero potuto assumere connotazioni altresì violative del principio di proporzionalità.

2.7. Di talchè, la omissione di comunicazione ascritta all’Ati ricorrente -proprio perché avente ad oggetto circostanze *non mai integranti ipotesi ostative* e, dunque, *non mai rientranti nel contenuto dell’obbligo* di informazione e dichiarazione gravante 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;

- men che mai, di contegno mendace, siccome di contro reputato dalla stazione appaltante.

2.7.1. E' ben vero, infatti, che la natura “*non veritiera*” o “*falsa*” 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*”).

2.7.2. E, tuttavia, già in base alle generali categorie penalistiche che non possono non venire in rilievo anche *in subiecta materia*, la “*non veridicità*” 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 e non già il dolo specifico, irrilevanti essendo le concrete intenzioni dell'agente, non essendo richiesto l'*animus nocendi* o *decipiendi*; di guisa che non potrà parlarsi di contegno mendace in caso di mera negligenza, leggerezza o disattenzione, essendo sconosciuta al nostro ordinamento la figura del falso documentale colposo.

2.7.3. 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 *specificata richiesta* all'uopo contenuta nelle *prescrizioni della lex specialis*, siccome sopra argomentato;
- in ogni caso, la assenza dell'elemento soggettivo in capo all'Ati ricorrente che, ragionevolmente confidando sulla univoca significanza delle previsioni del bando (che imponeva l'obbligo dichiarativo relativo alla eventuale sussistenza delle tipiche "*condizioni ostative previste dall'art. 80 d.lgs. 50/16 o dalle ulteriori disposizioni normative che precludono soggettivamente gli affidamenti pubblici*") non ha provveduto a fare menzione di fatti e circostanze: *i)* non più esistenti, perché travolte da un giudicato di annullamento; *ii)* risalenti nel tempo, ben oltre il triennio contemplato all'art. 80, comma 10, d.lgs. 50/16, oltre che deprivate di valenza antiggiuridica.

3. 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 disposizione 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” (cfr. Cons. Stato, V, n. 5142/2018).

Né può non rammentarsi la corrente giurisprudenziale favorevole alla inapplicabilità del limite temporale di cui all'art. 80, comma 10, d.lgs. 50/16 ai fini dell'obbligo dichiarativo strumentale alla valutazione sulla esistenza di illeciti professionali (CdS, V, 1644/19; Id., id. 6530/18).

3.1. E, tuttavia, 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*.

3.2. Oltrepassata tale soglia, invero, si entra nel terreno:

- della scusabilità della condotta, in quanto indotta dalla scarsa chiarezza ovvero dalla equivocità delle prescrizioni di gara, suscettibili di diversa significanza e interpretazione;
- del potere-dovere per la stazione appaltante di consentire ai partecipanti –indotti in incolpevole errore dalla equivocità delle prescrizioni- di “*presentare, integrare, chiarire, o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato*” (CGUE, 2 maggio 2019, C-309/18, cit., § 23, con il pregnante richiamo ivi contenuto all’art. 56, par. 3, della direttiva 2014/24/UE)).

3.3. Soccorre, in proposito, anche la disamina delle dichiarazioni rese dalla Ati ricorrente nel DGUE, atteso che dalla compilazione del modello emerge:

- la risposta affermativa alla domanda relativa alla sussistenza “*di gravi illeciti professionali di cui all’artt. 80, comma 5, lett, c) del codice*” con la indicazione della risoluzione di un contratto di appalto e delle susseguenti misure di autodisciplina e di prevenzione adottate; la piena informazione quivi resa dalla Ati, ben si giustifica in ragione della chiara riconducibilità della vicenda risolutoria nel novero degli *exempla* di gravi illeciti professionali indicate dalla norma nazionale (cfr., altresì, art. 57 della direttiva); ragionevole, per contro e in ogni caso “scusabile”, si appalesa la scelta della Ati ricorrente di non indicare, invece, fatti non più esistenti (contraddetti da un giudicato amministrativo) ovvero risalenti al 2009 e da anni non più considerati quali illecito (partecipazione contestuale a gare da parte di consorzio e consorziata non designata);
- la risposta negativa fornita al quesito posto nel riquadro “D1” del DGUE, relativo alla esistenza di sanzioni comportanti “*il divieto di*

*contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 d.lgs. 81/08 (art. 80, comma 5, lett. f)"; e, invero, trattasi di un quesito che ragionevolmente può essere interpretato, ed in concreto in tal guisa è stato interpretato, nel senso di acquisire contezza circa la esistenza della causa "tipizzata" di esclusione (ostativa *ex lege*) contemplata all'art. 80, comma 5, lett. f), essendo peraltro contenuto nel riquadro D del modello, che fa espresso riferimento ai "motivi di esclusione previsti esclusivamente dalla legislazione nazionale (art. 80, comma 2 e comma 5, lett. f), f-bis), f-ter), g), h), i), l), m) del Codice e art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001)"; e nella fattispecie non è dubbio che *non ricorre* la causa di esclusione di cui alla lett. f), attesa la cessazione di efficacia del provvedimento interdittivo (peraltro pari a soli 8 giorni) a far data dal 23 luglio 2014; né la circostanza poteva assumere rilievo ai fini della valutazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), stante il decorso anche del triennio di giuridica rilevanza normativamente contemplato al comma 10 (oltre che all'art. 57, par. 7, della direttiva); di talchè la negativa risposta ivi fornita ben può intendersi come riferita alla inesistenza di *cause di esclusione* (tenuto, altresì, conto, che lo stesso art. 15 del bando di gara, parte III, correla le dichiarazioni alle esistenze di cause ostative *ex lege*) *id est* alla inesistenza di un provvedimento sanzionatorio (accertamento definitivo risalente al luglio 2014) assumente valenza ostativa, ovvero alla inesistenza di fatti potenzialmente rilevanti ai fini della valutazione della esistenza di illeciti professionali gravi, stante in ogni caso il decorso del triennio contemplato all'art. 80, comma 10, d.lgs. 50/16.*

E, invero –anche in ragione dei cennati orientamenti giurisprudenziali non univoci sulla effettiva portata della limitazione

temporale di cui al citato art. 80, comma 10- in *mancaza di espresse indicazioni* contenute nella legge di gara (le cui prescrizioni, anzi, potevano essere lette in tutt'altro modo, come sopra esposto) il contegno dell'Ati ricorrente è *quanto meno incolpevole*, riposando su di una lettura del quadro normativo:

- affatto ragionevole; siccome sopra argomentato, la norma in esame (in ossequio all'art. 57, par. 7) nel disciplinare il divieto legale di contrarre (*incapacità giuridica*) –circoscrivendone lo *spatium temporis*, 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;

- avente una sua propria dignità, in quanto adottata anche in giurisprudenza, e peraltro maggiormente aderente alle prescrizioni della direttiva 2014/24/UE, siccome interpretati dalla Corte di Giustizia (sentenza 24 ottobre 2018, C-124/17 e 4 giugno 2019, C-425/18, citt.).

3.4. Anche sotto il profilo soggettivo, pertanto, non può imputarsi all'Ati ricorrente la presentazione di dichiarazioni non veritiere o false, atteso che il carattere equivoco ed oggettivamente opinabile della stessa formulazione dei quesiti siccome riprodotti nel modello di DGUE, e le peculiari modalità attraverso cui è possibile fornirvi risposta, vale ad escludere a carico della ricorrente il giudizio di colpevolezza (*sub specie* di dolo generico, dovendo necessariamente rientrare nel “*fuoco*” della volontà dell'agente il carattere *non veritiero e falso* della dichiarazione) e di riprovevolezza, immancabilmente sotteso alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del d.lgs. 50/16.

3.4.1. Ciò che, peraltro, è confermato dalle stesse affermazioni di parte resistente circa la “*incertezza del dato normativo e dell’interpretazione giurisprudenziale*” (pag. 5, memoria di replica, Enpam RE).

3.4.2. D’altra parte, non può non rimarcarsi che una forma di condotta decettiva del partecipante alla gara è testualmente contemplata anche all’art. 80, comma 5, lett. c), tra le ipotesi suscettibili di integrare illecito professionale: “*fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni ...ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”.

3.4.3. Di talchè, è già il criterio ermeneutico della “*coerenza intrinseca*” al medesimo testo normativo, secondo cui il significato delle scelte e delle proposizioni normative va desunto anche alla luce delle altre scelte e disposizioni del medesimo e unitario “complesso normativo”, a militare nel senso della distinzione tra le due ipotesi:

- la prima, relativa al contegno consistente anche solo nell’“*omettere le informazioni dovute*” ai fini del corretto svolgimento della procedura, anche solo per *negligenza* (oltre che a fornire informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni della stazione appaltante);

- la seconda, nel *mendacio tout court*, che implica la sussistenza del dolo generico.

3.4.4. In tal senso conduce anche il criterio interpretativo per cui *magis ut valeat quam ut pereat* e, dunque, che nel dubbio, l’interpretazione di una proposizione normativa –promana essa da una fonte eteronoma ovvero pattizia e negoziale- deve operarsi nel senso in cui essa assuma una sua propria significanza ed efficacia, piuttosto che in quello che la deprivi di efficacia, rendendola *inutiliter*

data (imponendosi all'interprete “*di attribuire un senso a tutti gli enunciati del precetto legislativo*”; Cass.SS.UU., 29 aprile 2009, n. 9941; TAR Lombardia, I, 13 maggio 2019, n. 1067).

3.4.5. E' evidente, indi, che la condotta di cui alla lett. f-bis) costituisce un *quid pluris* rispetto a quella contemplata all'art. 80, comma 5, lett. c) e, in quanto connotata da maggior grado di disvalore:

- determinante la esclusione *ex lege*;
- implicante la segnalazione all'Anac, che valuterà poi il dolo o la colpa grave ai fini dell'annotazione nel casellario informatico (art. 80, comma 12; CdS, III, 7173/18);
- avente carattere, per così dire residuale, limitata ai “*solì casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come [possibili] cause di esclusione*” (CdS, III, 23 agosto 2018, n. 5040, cit.).

3.4.6. Di qui la illegittimità dell'azione della stazione appaltante che su tale norma, *residuale e di chiusura*, ha fondato il gravato provvedimento vincolato di esclusione (*recte*, di revoca della aggiudicazione).

3.5. Infine, non senza rilievo è il fatto che, nel caso di specie, si verte in tema di revoca della aggiudicazione, dapprincipio disposta in favore della ricorrente.

Ciò che ha consentito anche il dispiegarsi di una previa interlocuzione procedimentale, all'esito della quale, anche a voler tenere in non cale quanto sopra esposto in punto di inesistenza *ex se* dell'obbligo dichiarativo che si assume infranto, l'Ati ricorrente aveva in ogni caso formulato deduzioni idonee:

- quantomeno a lumeggiare la “incolpevolezza” ovvero la “scusabilità” del contegno asseritamente mendace o non veritiero;
- ad escludere *in nuce*, indi, anche per tale esclusivo aspetto, il giudizio di grave disvalore correlato all’art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), d.lgs. 50/16, e al necessitato provvedimento di esclusione ivi contenuto, volto a sanzionare il contegno mendace tenuto dal partecipante alla gara.

3.6. Non possono non venire in rilievo, al fine, i principi di trasparenza, ragionevole affidamento, certezza del diritto, parità di trattamento e proporzionalità, come elaborati dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE, 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15; CGUE 2 maggio 2019, C-309/18), in ossequio ai quali, in mancanza di espresse e inequivoche disposizioni della *lex specialis*:

- l’offerente deve poter essere messo nelle condizioni di chiarire la propria posizione in sede procedimentale;
- la stazione appaltante ha l’obbligo di valutare i chiarimenti all’uopo forniti dall’operatore, al di là di qualsivoglia automatismo “espulsivo”, in ossequio altresì al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell’Unione e che dunque milita nel senso per cui la normativa nazionale finalizzata a garantire la parità di trattamento “*non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l’obiettivo conseguito (v. in tal senso, sentenza dell’8 febbraio 2018, Lloyd’s of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 e giurisprudenza ivi citata)*” (CGUE, 2 maggio 2019, C-309/18, cit.).

3.7. Tale opzione esegetica, peraltro, appare essere stata da ultimo fatta propria dal Supremo Consesso nella (per certi versi simile a quella che ci occupa) *vexata quaestio* afferente alla effettiva latitudine e

valenza degli obblighi dichiarativi dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza (CdS, V, 6688/19) per cui:

- si sono valorizzate le stesse osservazioni effettuate dalla Adunanza plenaria nella ordinanza n. 3/19, da cui è scaturita la più volte citata sentenza della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019;
- si è ribadita la cogenza del principio in forza del quale *“in caso di equivocità delle disposizioni, deve essere preferita l'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione”* (secondo l'orientamento già assunto da certa parte della giurisprudenza: CdS, III, 2554/18; CdS, V, 2064/13; TAR Lombardia, I, 10 settembre 2018, n. 2056; TAR Lombardia, I, 7 maggio 2018, n. 1223).

4. Le peculiari connotazioni della controversia, e delle questioni giuridiche coinvolte, unitamente al non univoco orientamento giurisprudenziale, impongono la compensazione *inter partes* delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposte, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti con cui si è revocata la primigenia aggiudicazione in favore di parte ricorrente e si è disposta la aggiudicazione in favore del RTI controinteressato.

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 degli articoli 5 e 6

del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità delle parti interessate, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della parte ricorrente.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 con l'intervento dei signori magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Rocco Vampa, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rocco Vampa

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

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