

Publicato il 02/10/2020

**N. 05782/2020REG.PROV.COLL.**  
**N. 01645/2020 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 1645 del 2020,  
proposto da

Rekeep S.p.A. in proprio e quale capogruppo R.T.I. con Apleona Hsg S.p.A. e  
Antas S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e  
difeso dagli avvocati Stefano Baccolini, Alfredo Biagini, Francesco Rizzo,  
Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia.

*contro*

Provincia di Treviso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Sebastiano Tonon, Mario Ettore Verino,  
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto  
presso lo studio Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini n. 13;  
Ase Acegasapsamga Servizi Energetici S.p.A., in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio  
Domenichelli, Paolo Neri, Michela Reggio D'Acì, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Michela Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni n. 288.

*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto  
(Sezione Prima) n. 00084/2020, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Treviso e di Ase Acegasapsamga Servizi Energetici S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata dagli avvocati Sticchi Damiani, Domenichelli e Tonon;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto ha accolto il ricorso proposto da Ase AcegasApsAmga Servizi Energetici s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Engie Servizi s.p.a., contro la Provincia di Treviso e nei confronti della società Rekeep s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del R.T.I. costituito con Apleona HSG s.p.a. e Antas s.p.a., per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultimo della "Gara Europea a procedura ristretta per l'appalto del servizio di gestione della manutenzione del patrimonio della Provincia di Treviso – Global service di 4<sup>a</sup> generazione" ed ha respinto il ricorso incidentale della società aggiudicataria.

1.1. Il primo giudice ha accolto il primo motivo del ricorso principale, a portata assorbente dei restanti tre, ritenendo che il R.T.I. Rekeep avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis), nel testo applicabile *ratione temporis* (omissione di informazioni dovute e falsa dichiarazione) per non avere dichiarato due provvedimenti di rinvio a giudizio disposti a carico di soggetto (C.L.) che riveste la carica di Presidente

del C.d.A. di Manutencoop Soc. Coop., socio unico di Rekeep, ma che all'epoca dei fatti contestati in sede penale (come reati di turbativa d'asta) era amministratore di Manutencoop Facility Management, poi divenuta Rekeep s.p.a..

1.1.1. Ritenuta la sussistenza dell'obbligo dichiarativo di circostanze rilevanti ai fini della valutazione di affidabilità ed integrità dell'operatore economico concorrente, il primo giudice ha altresì ritenuto che dalla dichiarazione datata 16 novembre 2018 (con la quale il procuratore speciale di Rekeep S.p.a. a socio unico ha affermato che “[...] *i soggetti di cui alle Tabelle [...] non si sono resi colpevoli di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la loro affidabilità e integrità ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c del D.Lgs. n. 50/2016*”), discendesse “*la doverosa ed automatica esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico*” ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, senza perciò consentire alcuna autonoma valutazione alla stazione appaltante.

1.2. E' stata invece respinta l'analoga censura mossa dalla ricorrente incidentale Rekeep, al fine di ottenere l'esclusione della ricorrente principale, per aver omesso di dichiarare che l'attuale legale rappresentante di Engie Servizi è stato rinviato a giudizio con l'imputazione del reato di disastro ambientale e sanitario colposo provocato dalle emissioni della centrale termoelettrica, di proprietà di Tirreno Power, sita nei Comuni di Vado Ligure e Quiliano.

1.2.1. Il primo giudice ha escluso la sussistenza dell'obbligo dichiarativo in ragione dell'alterità soggettiva di Tirreno Power S.p.a. rispetto a Engie Servizi S.p.a., atteso che i fatti di reato ascritti all'attuale legale rappresentante di Engie Servizi riguardano la sua (anteriore, rispetto a quella in atto) qualità di consigliere di amministrazione di Tirreno Power S.p.a. e, pertanto, <<*non sono in grado di “riflettersi” [...] su Engie Servizi S.p.a., “operatore economico” nella procedura di gara oggetto di contestazione (mentre non è tale Tirreno Power S.p.a.).>>.*

1.3. In conclusione, respinto il ricorso incidentale ed accolto il primo motivo del ricorso principale e dichiarati assorbiti i restanti, la sentenza ha annullato

la determinazione dirigenziale della Provincia di Treviso n. 773 del 26 giugno 2019 di aggiudicazione definitiva al R.T.I. tra Rekeep S.p.a., Apleona HSG S.p.a. e Antas S.r.l., nonché dei verbali di gara, nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione dalla gara del R.T.I. aggiudicatario, e della nota della Provincia di Treviso prot. n. 36013 del 5 giugno 2019 confermativa del verbale di gara del 21 maggio 2019.

A seguito dell'accoglimento della domanda di annullamento, si è disposta, a titolo di risarcimento in forma specifica, la prosecuzione della procedura di gara con l'aggiudicazione in favore della ricorrente principale e conseguente stipulazione del contratto, salvo l'esito delle verifiche di legge, ed assorbimento della domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Non essendoci evidenze in atti circa la stipula del contratto, è stata respinta la domanda diretta ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto stesso ed il subentro.

1.4. Le spese di lite sono state interamente compensate.

2. Rekeep s.p.a., in qualità di designata capogruppo del R.T.I. con Apleona Hsg s.p.a. e Antas s.r.l., ha avanzato appello con cinque motivi.

La Provincia di Treviso e Ase AcegasApsAmga Servizi Energetici s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Engie Servizi s.p.a., si sono costituite per resistere all'appello.

La seconda ha riproposto i motivi dell'originario ricorso dichiarati assorbiti in primo grado.

2.1. A seguito della proroga tecnica disposta dall'amministrazione appaltante sino a tutto il 30 settembre 2020, Rekeep ha rinunciato all'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza; della rinuncia e della richiesta di rinvio al merito, cui hanno prestato adesione le altre parti, si è dato atto con ordinanza collegiale in data 22 aprile 2020, n. 2088, fissando per la trattazione di merito l'udienza pubblica del 17 settembre 2020.

2.2. Le parti hanno depositato memorie e repliche, nonché istanze di passaggio in decisione senza discussione.

2.3. All'udienza pubblica del 17 settembre 2020 la causa è stata rimessa in decisione.

3. Col primo motivo l'appellante propone l'eccezione di irricevibilità per tardività del primo motivo del ricorso di primo grado per violazione dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, Cod. proc. amm. perché la ricorrente Ase ha impugnato il verbale del 12 dicembre 2018, con cui la stazione appaltante ha disposto l'ammissione alla gara di Rekeep, alla presenza del delegato Ase.

Precisa che i verbali relativi alla fase di ammissione, in ottemperanza alle disposizioni di cui all'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, sono stati pubblicati sul sito della provincia di Treviso nella sezione "Bandi di gara" e alla voce "Trasparenza", dandone comunicazione ai concorrenti, e che il ricorso in primo grado è stato proposto soltanto in data 26 luglio 2019, all'esito dell'adozione da parte della stazione appaltante della determinazione n. 773 del 26 giugno 2019 di aggiudicazione dell'appalto, ben oltre il termine di trenta giorni da detta pubblicazione.

Date tali risultanze, l'appellante sostiene che il provvedimento di ammissione alla gara di Rekeep, adottato nella vigenza del regime del c.d. rito super accelerato, sarebbe divenuto inoppugnabile. A sostegno del motivo di gravame, viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale per il quale non rileverebbe in senso contrario l'intervenuta abrogazione del detto rito col d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (art. 1, comma 22, e comma 23, il quale ultimo ha chiarito che le disposizioni di abrogazione si applicano "*ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*", cioè dopo il 19 giugno 2019, come il presente).

3.1. La giurisprudenza di primo grado si è divisa nell'interpretare la disposizione transitoria; analogamente è accaduto nella giurisprudenza di questo Consiglio.

3.1.1. La conclusione sostenuta dall'appellante è stata infatti raggiunta dalla decisione di cui a Cons. Stato, III, 29 luglio 2020, n. 4824, richiamata negli

scritti conclusivi sia di Rekeep che della Provincia di Treviso (che ha prestato adesione all'eccezione di irricevibilità).

Si legge nella motivazione di detta sentenza che *“La residua vigenza del regime processuale abrogato implica che l'attivazione del giudizio è soggetta ad un onere di tempestiva impugnazione a pena di decadenza nel termine ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., sicché l'inutile decorso di detto termine determina il perfezionarsi di una fattispecie preclusiva, conclusa e non più rivedibile. La struttura bifasica della norma distingue, infatti, in maniera volutamente netta, il giudizio impugnatorio sulle ammissioni/esclusioni e quello sull'aggiudicazione ed esclude che il secondo possa estendersi alla cognizione dei profili propri del primo se non nel rispetto dell'indefettibile presupposto processuale sotteso alla rituale proposizione del ricorso ai sensi del sopra citato art. 120, comma 2-bis”*.

A sostegno di tale conclusione, sono poi esposte altre ragioni, di ordine sistematico (per le quali è sufficiente fare rinvio alla motivazione), che hanno indotto il Collegio ad affermare che *“più verosimilmente, ... , l'art. 1, comma 23, del d.l. 32/2019 – lungi dal voler ‘resuscitare’ un termine già definitivamente spirato – ha inteso consentire l'applicazione dello jus superveniens anche nei processi promossi dopo la sua entrata in vigore ma solo ove tale termine sia ancora pendente, sicché solo in tale ipotesi sarebbe possibile far valere i vizi degli atti di ammissione (non ancora “inoppugnati”) in occasione della contestazione dell'atto finale di aggiudicazione definitiva”*.

3.1.2. L'opposta conclusione è stata però espressa da Cons. Stato, V, 5 agosto 2020, n. 4927, richiamata negli scritti conclusivi di Ase.

Si legge nella motivazione di quest'ultima sentenza (la quale richiama sia il precedente conforme di Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3585, che l'ordinanza cautelare di questa Sezione V, 17 gennaio 2020, n. 148) che *“Dirimente è la considerazione che sia stato assunto come riferimento temporale per l'applicazione della disposizione abrogante “l'inizio del processo”, a dimostrazione della volontà legislativa di rendere immediatamente operante l'abrogazione, anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso.*

*Rispetto a queste ultime, la norma previgente dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. non aveva determinato, alla scadenza del termine ivi previsto per l'impugnazione degli atti*

*endo-procedimentali, alcun effetto di tipo sostanziale. In particolare, contrariamente alla tesi fatta propria dall'appellante, non aveva comportato la sanatoria definitiva delle ammissioni illegittime, dal momento che la stazione appaltante avrebbe ancora potuto riscontrare queste ultime, escludendo il concorrente in sede di controllo delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 e nell'esercizio dei poteri di autotutela.*

*[...] si ritiene di concludere nel senso che, a seguito della disposizione abrogante del 2019, è venuta meno l'autonoma rilevanza attribuita per legge (mediante una deroga espressa al principio generale della non immediata tutelabilità degli interessi strumentali) dall'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. all'interesse procedimentale alla corretta formazione della platea dei concorrenti prima dell'esame delle offerte (su cui cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) che ha consentito, nella vigenza della norma, di anticipare la tutela giurisdizionale nei confronti di atti appartenenti ad una fase endo-procedimentale. A seguito della soppressione immediata della disposizione, nei processi iniziati dopo l'abrogazione (cioè dopo l'entrata in vigore della legge di conversione, ma, per quanto sopra, già dopo l'entrata in vigore del decreto legge) l'interesse ad agire è invece regolato secondo i principi generali, cioè avendo riguardo all'interesse sostanziale di cui sono titolari gli operatori economici partecipanti alla gara a conseguire l'aggiudicazione e quindi a fare valere i vizi delle altrui ammissioni, quando queste -all'esito della procedura- risultino effettivamente lesive nei loro confronti.”.*

3.1.3. Il contrasto giurisprudenziale imporrebbe di rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza plenaria sul punto di diritto concernente l'interpretazione della disciplina transitoria sull'abrogazione del 120, comma 2 bis e 6 bis, Cod. proc. amm.

3.2. Tuttavia è controversa nel caso di specie l'applicabilità di tali ultime disposizioni in punto di fatto, essendovi contrasto tra le parti circa l'esistenza di un provvedimento di ammissione, adottato dalla commissione di gara previa effettiva verifica dei requisiti soggettivi, e circa la sua conoscenza/conoscibilità da parte della ricorrente.

Su questi aspetti sono mancati sia il contraddittorio che la decisione di primo grado, atteso che l'eccezione di irricevibilità non era stata proposta dinanzi al Tribunale amministrativo regionale.

4. Ciò considerato, e ritenuta, come si dirà, la manifesta fondatezza del merito dell'appello, motivi di economia processuale e l'opzione decisoria per la c.d. ragione più liquida consigliano di passare all'esame dei motivi successivi.

4.1. Col secondo motivo, l'appellante sostiene l'insussistenza dell'onere dichiarativo, sotto il profilo soggettivo, per le seguenti ragioni:

- i provvedimenti di rinvio a giudizio, per fatti molto risalenti nel tempo, sono stati emessi nei confronti del sig. C.L., presidente del Consiglio di amministrazione di Manutencoop soc. coop., socio unico di Rekeep, che ha cessato ogni carica sociale in Rekeep s.p.a. (già Manutencoop) sin dal 9 maggio 2016;

- l'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si riferisce letteralmente alle condizioni di esclusione di cui ai commi 1 e 2 (sentenze passate in giudicato e interdittive antimafia) ed ai soci persone fisiche o soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara;

- l'illecito professionale, a cui è stato ascritto dal primo giudice il rinvio a giudizio per fatti penalmente rilevanti ed attinenti alle gare di appalto, è disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. c), nel testo applicabile *ratione temporis*, che reca cause di esclusione testualmente riferite al solo "operatore economico", in maniera corrispondente a quanto previsto dall'art. 57, comma 1, della direttiva UE 24/2014;

- la conclusione del primo giudice secondo cui sarebbero ascrivibili alla condizione escludente dell'illecito anche le cause riferibili ai soggetti di cui al comma 3 sarebbe "*distonica rispetto al contenuto letterale tassativo della norma*";

- in ogni caso il signor C.L. non rientrerebbe in alcun modo nel novero dei soggetti rilevanti di cui al comma 3 dell'art. 80, individuati nel "*socio unico persona fisica*" e nei "*soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara*", mentre il predetto è il legale rappresentante del socio unico



persona giuridica di Rekeep ed è soggetto cessato dalle cariche in Rekeep nell'anno 2016, ossia ben tre anni prima della pubblicazione del bando di gara di cui trattasi (19 ottobre 2018);

- considerato che la norma individua in modo puntuale e tassativo i soggetti rilevanti ai fini della sussistenza delle condizioni escludenti, ogni interpretazione analogica violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione (che ricomprende oltre la predeterminazione dei requisiti morali di ordine soggettivo anche l'individuazione dei soggetti tenuti a rendere le relative dichiarazioni, in ossequio ai principi della certezza del diritto e di affidamento degli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche);

- nel caso di specie, inoltre, l'obbligo informativo relativo alle vicende del socio unico è espressamente escluso dalla *lex specialis* di gara, dal momento che il disciplinare di gara al par. 15 rinvia al modello di cui all'allegato n. 1 ai fini della compilazione della domanda di partecipazione, modello che tra i nominativi dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, individua solo il socio unico persona fisica, nonché i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara;

- è irrilevante al circostanza che il signor C.L. all'epoca dei fatti di cui ai rinvii a giudizio fosse amministratore unico di Manutencoop Facility Management, poi divenuto Rekeep s.p.a., perché l'art. 80, comma 3, ha stabilito il perimetro dell'onere dichiarativo, dal punto di vista soggettivo, che non può essere superato riferendosi al principio dell'immedesimazione organica, che darebbe luogo ad una non consentita interpretazione analogica o estensiva della norma;

- la tesi del primo giudice, basata appunto sul principio di immedesimazione organica –secondo cui ogni fatto di reato posto in essere da un soggetto nella veste di legale rappresentante della società partecipante alla gara, allorché il procedimento penale sia ancora alla fase del rinvio a giudizio, configurerebbe

un illecito professionale in ragione dell'imputabilità degli effetti del fatto all'ente che concorre alla procedura- è in contrasto col sistema normativo di riferimento (di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), che prevede l'imputabilità del fatto di reato all'ente solo a seguito di apposito procedimento giurisdizionale e finisce per duplicare, in assenza dei presupposti normativi, la sanzione espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. f), del d.lgs. n. 50 del 2016 (sanzione interdittiva ex art. 9, comma 2, lett. c, del d.lgs. n. 231 del 2001).

4.2. Col terzo motivo l'appellante sostiene l'insussistenza dell'onere dichiarativo sotto altro profilo, per le seguenti ulteriori ragioni:

- contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non si verterebbe nell'ipotesi del "grave illecito professionale" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), che va dimostrato dalla stazione appaltante "con mezzi adeguati", considerato in particolare quanto previsto, a tale ultimo proposito, dal comma 13 della stessa disposizione;

- deve escludersi che un mero rinvio a giudizio costituisca mezzo adeguato a dimostrare che l'operatore economico si è reso colpevole di un grave illecito professionale, atteso che: 1) il mezzo è "adeguato" quando idoneo a dimostrare la "colpevolezza" dell'operatore economico, mentre il rinvio a giudizio non reca alcun accertamento; 2) le linee guida n. 6 dell'ANAC, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017, nel declinare i mezzi di prova adeguati, hanno individuato anche provvedimenti di rilievo penale, chiarendo tuttavia che debba trattarsi di sentenze di condanna, anche se non definitive; 3) la tesi del primo giudice è in contrasto con i principi eurounitari che governano le procedure di evidenza pubblica (espressi tra l'altro dalla decisione della Corte di Giustizia UE, 2 giugno 2016 in C-27/15), considerato che il ritenuto obbligo dichiarativo non risulta dai documenti di gara né dal diritto nazionale vigente;

- in ogni caso, quand'anche tale obbligo effettivamente sussistesse, la mancata indicazione in fase di offerta di un provvedimento di rinvio a giudizio non

potrebbe determinare l'automatica esclusione del concorrente.

4.3. Quest'ultima argomentazione difensiva è posta a fondamento del quarto motivo di gravame, volto a criticare la configurazione, da parte del primo giudice, della falsa dichiarazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. f – bis) e quindi a censurare la conclusione raggiunta dell'automatica esclusione di Rekeep dalla gara.

5. I motivi sono fondati per le ragioni di cui appresso.

5.1. Nel caso di specie, mancano, in primo luogo, i presupposti di legge per la sussistenza di un obbligo dichiarativo dal punto di vista soggettivo.

L'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede infatti l'obbligo dichiarativo per precedenti penali nei confronti *“del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con numero di soci pari o inferiore a 4, se si tratta di altro tipo di società o consorzio”*, precisando che *“in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara [...]”*.

L'obbligo dichiarativo in contestazione nel presente giudizio è riferito a soggetto che:

- attualmente (alla data del bando e della scadenza del termine di presentazione delle offerte) è legale rappresentante del socio unico persona giuridica di Rekeep;
- all'epoca dei fatti contestati in sede penale era legale rappresentante di Manutencoop Facility Management, poi divenuta Rekeep, ma è cessato dalla carica ben prima dell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Non erano dunque sussistenti i presupposti per assoggettare anche il socio unico di Rekeep all'obbligo dichiarativo.

La disposizione dell'art. 80, comma 3, non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica.

Sebbene infatti parte della giurisprudenza nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia ritenuto di estendere l'obbligo dichiarativo *al socio di maggioranza persona giuridica* della società offerente (cfr. Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975; id., V, 23 giugno 2016, n. 2813), invece per il *socio unico* (tranne che nell'isolato precedente di Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178) era prevalente l'orientamento che limitava l'obbligo dichiarativo al *socio unico persona fisica* (sin da Cons. Stato, V, 27 agosto 2014, n. 4372, cui *adde* Cons. Stato, III, 21 luglio 2017, n. 3619). Tale limitazione è stata ribadita anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 80, comma 3, dell'attuale Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, V, 20 novembre 2019, n. 7922) ed è qui preferita in ragione della lettera della disposizione, da intendersi di stretta interpretazione. In coerenza con il principio di tassatività delle cause di esclusione e con l'inequivoca portata della disposizione dell'art. 80, questa Sezione ha già affermato che qualora il socio non rientri nell'ambito soggettivo individuato dal terzo comma dell'art. 80, non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione neppure ai fini di cui al comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, <<*dovendosi ritenere che la presenza di eventuali "gravi illeciti professionali" possa assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del medesimo decreto*>> (così testualmente Cons. Stato, V, 8 aprile 2019, n. 2279, che ha escluso l'obbligo dichiarativo in un caso analogo al presente).

Va precisato che prova troppo l'argomento su cui si fonda la decisione di primo grado, sostenuto dall'appellata Ase, secondo cui il grave illecito professionale (consistente nel rinvio a giudizio di un legale rappresentante) assumerebbe rilevanza, nel caso di specie, per il principio di immedesimazione organica. Dal momento che l'obbligo dichiarativo dei precedenti penali va

riferito, ai sensi del citato art. 80, comma 3, alla condizione del soggetto nel momento in cui (deve) rende(re) la dichiarazione (quindi nel momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara), a questo momento soltanto può essere riferito il principio di immedesimazione organica, che è poi quello che sta a fondamento della norma del Codice dei contratti pubblici. Estendere l'obbligo dichiarativo, ed il correlato principio di immedesimazione organica, oltre i limiti soggettivi e temporali della disposizione comporta la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e, così come interpretato al primo giudice, determina, come osserva l'appellante, l'ulteriore effetto paradossale -che esplicitamente la disposizione intende escludere- di sottoporre l'impresa concorrente agli effetti escludenti correlati alle condotte di un soggetto che da anni non fa più parte della *governance* e di ampliare l'area dell'imputabilità del fatto di reato all'ente oltre i limiti segnati dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, conseguendo i medesimi effetti che si avrebbero ove operasse la causa di esclusione automatica dell'art. 80, comma 5, lett. f), senza che l'operatore economico sia stato assoggettato alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del detto d.lgs. n. 231 del 2001.

5.1.1. Accertata l'insussistenza dell'obbligo dichiarativo di precedenti penali alla data di presentazione della domanda da parte di Manutencoop soc. coop., socio unico di Rekeep, a nulla rileva che questa abbia allegato alla propria domanda di partecipazione una dichiarazione (in data 16 novembre 2018) riferita anche agli amministratori del socio unico persona giuridica, atteso altresì che nemmeno la legge di gara richiedeva un siffatto adempimento.

Il disciplinare di gara non contiene alcuna specifica disposizione al riguardo e, come rilevato dall'appellante, lo stesso disciplinare (par. 15) rinvia ad un modello di domanda di partecipazione allegato (al n. 1) che individua, quali soggetti tenuti alla dichiarazione ai sensi dell'art. 80, comma 3, il socio unico persona fisica e i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando.

In un caso analogo, sia pure nel vigore dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, questa Sezione ha ritenuto che *“la omessa dichiarazione di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 da parte del socio unico persona giuridica cui è riconducibile la seconda classificata non poteva comportare la sua esclusione dalla gara in ragione, per un verso, della inequivoca previsione della legge di gara (non contestata in parte qua con il ricorso di primo grado) che ricollegava quell'obbligo esclusivamente alla persona fisica (in ossequio alla lettera della norma) e, per altro verso, del ragionevole affidamento fatto dalla concorrente su tale inequivoco contenuto della lex specialis [...]”* (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3599).

La rilevanza dell'affidamento ingenerato in capo ai concorrenti dal contenuto della legge di gara sull'insussistenza di un determinato obbligo è sottolineata d'altronde sia dalla giurisprudenza nazionale (cfr., oltre al precedente su citato, anche Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2875, secondo cui *“In base ai principi enunciati dalla Corte di giustizia U.E. e recepiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, deve ritenersi che, qualora l'Amministrazione abbia ingenerato in capo ai concorrenti un significativo affidamento circa la non sussistenza di un determinato obbligo ... perché non richiamato nei documenti di gara, né nella predisposizione dei moduli, né sancito da una norma della legge interna, deve escludersi l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio”*) che da quella della Corte di giustizia UE (cfr. Corte di Giustizia UE, 2 giugno 2016, in C-27/15, secondo cui *“Il principio di 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 in seguito al 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, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria*

*posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice*”), richiamata dall'appellante.

5.1.2. Solo per completezza si evidenzia che il rinvio a giudizio non rientra tra le fattispecie di esclusione contemplate dall'art. 80, comma 1, cui è riferito il comma 3, essendo previsti quali causa di esclusione automatica i precedenti penali per i reati ivi elencati, accertati “*con sentenza definitiva o decreto penale divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale*”.

5.2. Quest'ultima constatazione consente di passare a trattare delle questioni giuridiche -affrontate nel terzo motivo di appello- del rapporto, per un verso, tra le fattispecie tipiche di esclusione dalle gare di appalto (in particolare, quelle dei citati primi tre comma dell'art.80) e la fattispecie dei “*gravi illeciti professionali*” di cui all'art. 80, comma 5, lett. c (nel testo applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche apportate con l'inserimento delle lettere *c-bis*, *c-ter* e *c-quater*); per altro verso, tra quest'ultima fattispecie e gli obblighi informativi/dichiarativi gravanti sugli operatori economici concorrenti.

5.2.1. La causa di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. c), ha contenuto *atipico*. La disposizione non predetermina -salvo che per le fattispecie attualmente enucleate sotto le lettere *c-bis*), *c-ter*) e *c-quater*), le prime due già contenute nell'originario testo della lettera c): cfr. Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171 sulla sostanziale irrilevanza della modifica normativa- le vicende dell'operatore economico concorrente rilevanti ai fini del giudizio di “*integrità o affidabilità*” e rimette all'apprezzamento della stazione appaltante la valutazione della rilevanza di quelle in concreto considerate. Indiscussa essendo oramai, anche in relazione alla precedente versione dell'art. 80, comma 5, lett. c), la portata esemplificativa dell'elencazione ivi contenuta (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299 e id., V, 24 gennaio 2019, n. 586), il dibattito giurisprudenziale ha riguardato “i mezzi adeguati” che consentono alla stazione appaltante di esercitare il proprio potere

discrezionale in ordine alla verifica di tale requisito di partecipazione dei concorrenti.

In proposito si conviene con l'appellante che l'aver ancorato il parametro normativo di riferimento funzionale all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, se non ad un elenco tassativo di fattispecie, quanto meno al presupposto dell'adeguatezza del mezzo di prova dell'illecito costituisce presidio del principio di legalità.

Alla stessa logica risponde la previsione dell'art. 80, comma 13, che rinvia alle linee guida da adottarsi dall'ANAC la precisazione, per quanto qui rileva, dei mezzi di prova da “*considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c) [...]*”. Il rinvio a giudizio non è considerato nelle Linee guida n. 6 ANAC, come approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017, che, quanto ai precedenti penali, hanno individuato le sentenze di condanna, anche non definitive, essendo solo questa la deroga alla previsione dell'art. 80, comma 1, prima parte.

Ancora, gli eventi relativi al rinvio a giudizio non figurano nel casellario informatico dell'ANAC.

Infine, la *lex specialis* non richiedeva, per la gara in contestazione, la dichiarazione dei carichi pendenti e/o dei rinvii a giudizio, nemmeno per i soggetti ricompresi nel perimetro applicativo dell'art. 80, comma 3.

5.2.2. Ciò chiarito, non si intende affatto significare -contrariamente a quanto assume la parte appellante, supportata dalla Provincia di Treviso- che i provvedimenti di rinvio a giudizio siano sempre e comunque esclusi dal novero dei mezzi adeguati di cui l'amministrazione si possa avvalere per dimostrare la sussistenza di un illecito professionale, perché non contengono l'accertamento della responsabilità penale, quindi della “colpevolezza” dell'operatore economico. All'opposto va ribadito che la stazione appaltante ben può attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente: il



concetto di “grave illecito professionale” ricomprende, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (cfr. già Cons. Stato, III, 5 settembre 2017, n. 4192 e la giurisprudenza successiva). Esso perciò può, in concreto, essere desunto anche da un rinvio a giudizio, ove sussistano dati di fatto o elementi a disposizione della stazione appaltante, che consentano a quest'ultima di adeguatamente motivare sulla carenza dei presupposti di affidabilità o integrità del concorrente, nei cui confronti ritenga di applicare la sanzione espulsiva.

Piuttosto, si intende sostenere che la portata dell'obbligo dichiarativo, che grava sulla singola impresa partecipante alla gara, non sempre e necessariamente va parametrato all'ampio potere discrezionale normativamente riconosciuto alla stazione appaltante in ordine alla verifica del requisito di partecipazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c).

Poiché la gara pubblica è informata ai principi della parità di trattamento e della trasparenza, col corollario della necessaria tutela dell'affidamento che viene ingenerato nell'operatore economico concorrente, l'oggetto dell'obbligo informativo/dichiarativo va delineato, in via prioritaria, in conformità alla legge ed agli atti di soft law da questa richiamati, quali le Linee guida dell'Autorità di settore.

Né l'una né le altre impongono, come detto, l'obbligo di dichiarare la sussistenza di carichi pendenti.

5.2.3. Siffatte considerazioni trovano riscontro nell'interpretazione data da una parte della giurisprudenza amministrativa alla disposizione dell'art. 80, comma 5, lett. c (oggi c-bis), laddove prevede quale causa di esclusione l'aver *“fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”* ovvero l'aver *“omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

Si è, in particolare, ritenuto che per integrare la causa di esclusione, le informazioni omesse avrebbero dovuto essere tra quelle iscritte nel casellario

informatico dell'ANAC (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2018, n. 2063 e 12 luglio 2018, n. 4266; id. V, 4 luglio 2017 n. 3258; CGARS, 29 gennaio 2019, n. 71) ovvero si è interpretato in senso meno rigoroso il disposto dell'art. 80, comma 5, lett. c) quando le dichiarazioni omesse avevano ad oggetto fattispecie non tipizzate (cfr. Cons. Stato, III, 23 agosto 2018, n. 5040; id., V, 3 aprile 2018, n. 2063).

E' noto peraltro come tale orientamento giurisprudenziale –supportato dal testo delle Linee Guida ANAC nella versione precedente l'aggiornamento del 2017- sia rimasto minoritario, essendo prevalso quello che ha ritenuto incondizionatamente doverosa la dichiarazione di episodi risolutivi di precedenti rapporti contrattuali, ancorché *sub iudice*, nonché la dichiarazione di condotte a rilevanza penale, che, pur non sfociate nell'adozione di provvedimenti di condanna definitivi, siano riferite ad ipotesi di reato rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 1, ovvero in considerazione dell'oggetto dell'appalto. In sintesi, si è attribuita alla disposizione in esame il significato di norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787).

Sulla questione è intervenuta, da ultimo, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, la quale ha prospettato una soluzione che, pur non confutando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ne delimita la portata.

Infatti, con la recente sentenza 28 agosto 2020, n. 16, l'Adunanza plenaria ha chiarito che l'ipotesi dell'art. 80, comma 5, lett. c) [ora c-bis] dell'«omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione», presuppone *<<un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece*

*l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono tra i preminenti valori giuridici che presiedono alle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dall'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, come ricordato dalla Sezione rimettente, deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora lett. c-bis)], è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili ex ante, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee-guida emanate in materia dall'ANAC, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80 (linee-guida n. 6 del 2016; al riguardo si rinvia al parere reso dalla commissione speciale di questo Consiglio di Stato appositamente costituita sull'ultimo aggiornamento alle più volte richiamate linee-guida: parere del 13 novembre 2018, n. 2616; § 7.1; cfr. inoltre: Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850, 12 marzo 2020, n. 1774, 12 aprile 2019, n. 2407, 12 febbraio 2020, n. 1071; VI, 4 giugno 2019, n. 3755).>>. E' però significativo che, pur dando atto della giurisprudenza maggioritaria, tra cui quella più recente espressamente richiamata, l'Adunanza plenaria abbia inteso precisare che <<in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso>>.*

5.2.4. Orbene, applicando tali ultime coordinate ermeneutiche al caso di specie, le considerazioni svolte nel trattare del secondo e del terzo motivo di appello consentono di concludere che l'obbligo dichiarativo che si assume essere stato violato da parte di Rekeep non avesse affatto ad oggetto una fattispecie rientrante tra quelle *“evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole”*, tale non potendo definirsi oggettivamente i rinvii a giudizio disposti nei confronti di soggetto diverso da quelli contemplati dall'art. 80, comma 3, per il quale la legge di gara non prevedeva alcun obbligo dichiarativo (come riconosciuto, in

caso analogo, da Cons. Stato, III, 2 aprile 2020, n. 2245, che, pur confermando l'orientamento più rigoroso in tema di obblighi dichiarativi “*di pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti*”, ha escluso che la mancata comunicazione della pendenza di un'indagine penale sia <<*direttamente rilevante sulla valutazione della “grave violazione professionale”*>>).

Quanto, poi, al profilo della *consapevolezza* della rilevanza dei provvedimenti di rinvio a giudizio ai fini del giudizio di affidabilità della società, non va trascurato di considerare che Rekeep ha reso nella gara in esame una dichiarazione ex art. 80 che ricomprende numerosi fatti e vicende astrattamente rilevanti ai fini del comma 5 della disposizione, sicché è agevole ritenere che abbia confidato in buona fede sull'irrilevanza dei rinvii a giudizio di soggetto oramai cessato da ogni carica interna oltre tre anni prima dalla pubblicazione del bando (cfr. Cons. Stato, III, 18 settembre 2019, n. 6234, citata dall'appellante a dimostrazione del rilievo attribuito alla buona fede dell'operatore economico nel rendere o non rendere le “informazioni dovute”).

5.2.5. Ad ulteriore riscontro dell'insussistenza dell'obbligo dichiarativo sotto il profilo oggettivo, nel caso di specie, va dato conto del periodo di riferimento dei fatti contestati in sede penale, risalenti nel tempo, di modo che, nella prospettiva della consapevolezza (o buona fede) dell'operatore economico dichiarante (dalla quale si deve muovere per valutare la sussistenza dell'*obbligo dichiarativo*, piuttosto che da quella dei poteri discrezionali esercitabili dalla stazione appaltante per la valutare la sussistenza del “*grave illecito professionale*”), il decorso di un termine temporale ultra-triennale dall'evento che si assume costituire illecito professionale non è affatto indifferente (cfr. Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; Id., V, 3 settembre 2018, n. 5142, nonché, da ultimo, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605).

5.3. Vanno perciò accolti i motivi secondo e terzo. A tale accoglimento consegue, a rigore, l'assorbimento del quarto. Con questo, infatti, si censura la statuizione di esclusione automatica ex art. 80, comma 5, lett. f – bis), sostenendo, in subordine ai motivi precedenti, che tutt'al più si verterebbe nella fattispecie dell'art. 80, comma 5, lett. c) [oggi c-bis], per la quale si sarebbe dovuta disporre la rimessione alla stazione appaltante della valutazione sull'affidabilità e integrità dell'operatore economico.

5.3.1. Per ragioni di completezza si evidenzia che la citata recente sentenza dell'Adunanza plenaria 28 agosto 2020, n. 16 confuta in radice il ragionamento seguito dal giudice di primo grado, per qualificare come falsa dichiarazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. f - bis) quella resa dal procuratore speciale di Rekeep s.p.a. a socio unico, in data 16 novembre 2018 (*“[...] i soggetti di cui alle Tabelle [...] non si sono resi colpevoli di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la loro affidabilità e integrità ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c del D.Lgs. n. 50/2016”*).

Chiamata infatti a pronunciarsi sulla questione relativa *«alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) e f-bis del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016»* (cfr. l'ordinanza di rimessione di cui a Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2332), l'Adunanza plenaria ha enunciato i seguenti principi di diritto:

*<<- la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;*

*- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;*

- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;
- la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.>>.

5.4. Orbene, nel caso di specie non vi è necessità di rimettere alla stazione appaltante un'(ulteriore) valutazione di integrità ed affidabilità di Rekeep - peraltro nemmeno espressamente richiesta dalla parte ricorrente in primo grado, che ha insistito per l'esclusione automatica- considerata l'insussistenza, in radice, dell'obbligo dichiarativo sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

Accolti perciò i motivi di gravame secondo e terzo, con assorbimento del quarto, la sentenza di primo grado va riformata quanto alla decisione di esclusione di Rekeep dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo applicabile *ratione temporis*.

6. Prima del quinto e ultimo motivo d'appello, è opportuno trattare, per comodità espositiva, i motivi del ricorso principale assorbiti in primo grado e riproposti da Ase AcegasApsAmga Servizi Energetici s.p.a. (in breve, Ase), in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Engie Servizi s.p.a., ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

6.1. Con l'originario secondo motivo (*Violazione e falsa applicazione della lex specialis: violazione e falsa applicazione della lettera d'invito e dell'Allegato 1.7 "Modulo offerta economica". Violazione del principio di determinatezza e univocità dell'offerta e di par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere per errore nei presupposti e per manifesta illogicità e irragionevolezza*) Ase sostiene che il R.T.I. Rekeep ha compilato la propria offerta economica, redatta sull'Allegato 1.7, in termini contraddittori e in difformità dalle prescrizioni al riguardo recate dalla lettera d'invito e dal medesimo Allegato 1.7, utilizzando un foglio informatico in formato *excel* messo a disposizione della stazione appaltante, ma che presentava un

macroscopico errore nell'applicazione di alcune formule aritmetiche compendiate dalla lettera d'invito e dall'allegato 1.7 ai fini della redazione dell'offerta (errore banale e riconoscibile, tanto che nessuno degli altri quattro concorrenti si è avvalso del "*File calcolo offerta economica*", il cui utilizzo era peraltro facoltativo).

Ad avviso della ricorrente, l'errore di calcolo avrebbe inficiato l'offerta economica per una gravissima ambiguità ed evidente contraddittorietà (riguardante, in particolare, il rapporto tra i ribassi percentuali offerti in relazione al prezzo delle tre tipologie di fornitura energetica previste e gli importi assoluti offerti dal concorrente per tali voci dell'appalto e, di conseguenza, l'importo assoluto complessivamente offerto per l'esecuzione dell'intero appalto e il relativo ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara, che costituiva l'elemento in base al quale avrebbe dovuto essere assegnato il punteggio all'offerta economica).

Dato ciò, la ricorrente rileva che la commissione di gara, nel corso della seduta del 21 maggio 2019, dinanzi alla incoerenza e alla contraddittorietà dei dati contenuti nell'offerta economica dell'A.T.I. Rekeep ha proceduto a ricalcolare i valori indicati dal concorrente, tenendo fermi i ribassi percentuali offerti per i singoli vettori energetici e rideterminando in diminuzione i relativi importi parziali, l'importo complessivamente offerto per l'esecuzione dell'appalto e, conseguentemente, ricalcolando anche il ribasso complessivo.

Pur riconoscendo che nel verbale della seduta la commissione di gara ha fornito una giustificazione del proprio operato, la ricorrente ne sostiene l'illegittimità, perché avrebbe proceduto ad un'arbitraria "rielaborazione" dei dati offerti dal concorrente, senza che ricorressero le condizioni individuate dal giudice amministrativo per ammettere la correzione dell'errore materiale nella redazione dell'offerta (come da precedenti citati in ricorso). Si sarebbe trattato piuttosto di un'inammissibile ricostruzione postuma della volontà del concorrente, effettuata stabilendo "autonomamente" quali valori indicati nell'offerta economica di Rekeep dovessero intendersi come espressione della

effettiva volontà negoziale del concorrente, con attribuzione di esclusiva rilevanza ai ribassi percentuali indicati per i singoli valori energetici e non agli importi assoluti.

A riscontro di tale doglianza, la ricorrente evidenzia come, all'esito del ricalcolo effettuato dal seggio di gara, è risultato modificato (con un incremento dal 5,111% all'11,511%) proprio il ribasso in termini assoluti, determinante per l'attribuzione del punteggio.

6.2. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

Va premesso che, come osservato dalla controinteressata, anche il ribasso indicato per errore nella percentuale del 5,11% avrebbe consentito all'A.T.I. Rekeep di aggiudicarsi la gara, avendo Ase offerto un ribasso dell'1,053% e gli altri concorrenti ribassi comunque inferiori al 5,11%.

Contrariamente a quanto sostiene Rekeep, tale dato non consente di ritenere inammissibile il motivo per carenza di interesse, perché la ricorrente Ase critica l'operato della commissione di gara, non nel presupposto della sua idoneità ad alterare l'esito della procedura, bensì allo scopo di sostenere che Rekeep avrebbe dovuto essere esclusa per inammissibilità dell'offerta economica, in quanto inficiata dalla contraddittorietà dei dati contenuti.

6.3. Orbene, mancano decisamente nel caso di specie i presupposti per l'applicabilità della sanzione espulsiva invocata dalla ricorrente Ase, perché, come riconosciuto anche da quest'ultima, il R.T.I. Rekeep ha compilato il foglio di calcolo predisposto e messo a disposizione della stazione appaltante ed, in conseguenza dell'errore ivi contenuto, è, a sua volta, incorsa nell'errata indicazione dei valori assoluti recati dall'offerta economica.

Si tratta di un dato di fatto incontestato che legittima la mancata esclusione di Rekeep alla stregua della prevalente giurisprudenza, fondata sul principio dell'affidamento che presiede al regolare svolgimento delle pubbliche gare, secondo cui, tra l'altro *“la circostanza che il concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante, nella modulistica pubblicata insieme al bando, non può ridondare a danno del medesimo, in violazione dei principi di massima*



*partecipazione alle gare e di tutela del legittimo affidamento delle concorrenti in buona fede; ciò anche quando la predisposta modulistica risulti non conforme alla legge di gara, in quanto l'obiettiva incertezza così ingenerata dalla stessa stazione appaltante non può pregiudicare il concorrente determinandone l'esclusione per aver compilato l'offerta in conformità al facsimile predisposto, dovendo in tal caso prevalere il favor participationis (Cons. di Stato, V, 28 maggio 2009, n. 3320; Cons. di Stato, V, 5 luglio 2011, n. 4029), anche in applicazione del più generale principio di tutela dell'affidamento (Cons. di Stato, Sezione V, 28 maggio 2009, n. 3320)'* (così Cons. Stato, V, 7 maggio 2019, n. 2917). La portata indiscussa e generale di tale ultimo principio consente di superare l'obiezione della ricorrente secondo cui il precedente giurisprudenziale non sarebbe utilizzabile perché riferito alla modulistica messa a disposizione dalla stazione appaltante; la circostanza che, invece, sia in discussione un foglio di calcolo non rende meno pregnanti le esigenze di tutela dell'affidamento del concorrente che, senza sua colpa, se ne sia avvalso, su indicazione della stazione appaltante medesima.

Va aggiunto che l'affidamento della concorrente Rekeep non è qualificabile in termini di colpevolezza, come assume la ricorrente Asi perché l'utilizzazione del foglio di calcolo era facoltativa ed, a suo dire, l'errore ivi contenuto sarebbe stato riconoscibile. Per concludere in tale senso, infatti, non è sufficiente la constatazione della mancata utilizzazione del foglio di calcolo da parte delle altre concorrenti, in assenza di qualsivoglia chiarimento o intervento preventivo della stazione appaltante volto a dare conto dell'erroneità delle formule aritmetiche ivi contenute.

La pretesa della ricorrente di esclusione dalla gara del R.T.I. Rekeep per vizio dell'offerta economica è perciò priva di pregio.

6.4. Nel merito, è comunque infondata la censura rivolta al seggio di gara di avere alterato l'offerta del R.T.I. risultato aggiudicatario.

La commissione di gara, nelle prime sedute di gara, ha richiamato la lettera d'invito, nella parte in cui è stabilito che l'offerta economica è il risultato della somma dei vari importi relativi alle prestazioni richieste, determinati dai

singoli ribassi che l'operatore economico avrebbe dovuto proporre; ha aperto il *file* di calcolo messo a disposizione della stazione appaltante, evidenziando gli errori nelle formule di calcolo, ma osservando che la lettera d'invito aveva specificato le modalità di calcolo dell'importo finale su cui calcolare il ribasso complessivo; allora ha deciso di *“caricare, attraverso l'ausilio di un file di calcolo appositamente creato e contenente la modalità di calcolo prevista dalla lettera d'invito, i ribassi r1, r2, r3 e r4, gli importi I10 e I11 e i valori NEPT bid, NEPSPbid e NEPEbid indicati nell'allegato 1.7 presentato da ciascun concorrente e ... verificare che il ribasso complessivo coincida con quello indicato dall'offerente”*.

Ciò stabilito in via preventiva, una volta constatato che Rekeep si era avvalsa del *file* di calcolo errato, la commissione ha proceduto alla rideterminazione del ribasso finale, seguendo l'operazione matematica esplicitata nel verbale, dando prevalenza ai ribassi percentuali per i singoli vettori energetici indicati dall'impresa rispetto ai valori assoluti.

6.4.1. La principale doglianza della ricorrente Asi non è condivisibile perché la scelta di prendere le mosse dai singoli ribassi percentuali è conforme al criterio che la commissione di gara ha desunto dalla *lex specialis* e la modifica, invece, dei valori assoluti altro non è che la conseguenza matematica dei ribassi offerti, degli importi e dei valori indicati dal R.T.I. aggiudicatario (come ritrascritti nel verbale di gara).

Contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la *lex specialis* non attribuiva alcun *autonomo* rilievo al ribasso complessivamente offerto. All'opposto, laddove era previsto che *“resta inteso che tale ribasso complessivo viene determinato ai soli fini della determinazione del punteggio per l'aggiudicazione, mentre nella contabilizzazione del servizio verranno applicati i quattro ribassi differenziati e gli specifici valori del parametro NEP”*, evidentemente si attribuiva preminenza -come ritenuto dalla commissione di gara- proprio a tali ultimi ribassi e valori, in sede di esecuzione, e perciò anche in sede di costruzione dell'offerta economica (cfr., per un caso analogo, in cui questa Sezione ha ritenuto ammissibile l'intervento della commissione di gara sui valori indicati

nell'offerta economica, attribuendo rilevanza -in conformità alla legge di gara- alla "percentuale di rialzo" rispetto al "prezzo unitario", Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 72).

Quindi il presupposto logico non è stato affatto individuato in modo arbitrario dalla commissione di gara, avendo questa piuttosto ritenuto, coerentemente alla legge di gara, che la volontà del concorrente si fosse formata sui ribassi percentuali offerti con riferimento ai singoli vettori energetici. Inoltre, come evidenziato dalla stazione appaltante, l'offerta tecnica di Rekeep indica in apposito modulo i valori NEPbid corrispondenti a quelli indicati nell'offerta economica e utilizzati dalla commissione per l'operazione matematica di calcolo degli importi assoluti.

Questi ultimi, pur differenti da quelli indicati nell'offerta economica di Rekeep, sono il risultato dell'applicazione della formula matematica convenzionale volta a soppesare (e racchiudere in unico importo) i vari elementi dell'offerta, rimasti, per Rekeep, inalterati sia quanto all'offerta tecnica che quanto all'offerta economica.

6.4.1. In sintesi, scontata essendo l'esistenza dell'errore nelle formule matematiche messe a disposizione dalla stazione appaltante, la commissione ha proceduto alla correzione dell'offerta economica, ricostruendo la volontà del concorrente secondo un criterio conforme alla lettera d'invito e richiamato, allo scopo, prima dell'apertura delle buste, senza che ne sia risultata alterata o integrata l'offerta economica, ferma restando l'offerta tecnica.

Il seggio di gara ha corretto l'errore di calcolo (peraltro indotto dalla stessa stazione appaltante) entro i limiti consentiti dalla giurisprudenza di questo Consiglio in tema di correzione dell'errore materiale dell'offerta, fissati nell'obbligo di rispettare la volontà manifestata dall'operatore economico nel formulare l'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 29 aprile 2016, n. 1648, id. IV, 2 marzo 2017, n. 978 e id., V, 11 gennaio 2018, n. 113, la quale ultima ha ritenuto legittima da parte della commissione "*una mera correzione dell'errore di calcolo*",

posta in essere senza ledere in concreto la *par condicio* dei concorrenti ed “*escludendo ogni intervento additivo o integrativo sull’offerta economica della concorrente*”).

6.5. Il motivo in esame va quindi respinto.

7. Con l’originario terzo motivo (*Violazione e falsa applicazione di legge: violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, nonché per contraddittorietà*),

proposto in via subordinata, Ase sostiene che Rekeep ha prodotto una dichiarazione ex art. 80 in cui è riportata una lunga serie di episodi, anche particolarmente gravi, suscettibili di integrare “gravi illeciti professionali” rilevanti ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), che la stazione appaltante avrebbe omesso di valutare o valutato non adeguatamente, incorrendo in errore nei presupposti e deficit istruttorio e motivazionale, in specie quanto a:

a) due precedenti penali a carico di soggetti che ricoprono cariche qualificanti nella società;

b) penali contrattuali comminate a danno di Rekeep , solo genericamente dichiarate;

c) numerose risoluzioni contrattuali per le quali la commissione si è limitata a constatare che erano contestate in giudizio;

d) revoca dell’aggiudicazione disposta dal Comune di Lucca, confermata in sede giudiziale di primo e secondo grado;

e) gravissima sanzione irrogata dall’A.G.C.M. per un’intesa restrittiva della concorrenza, confermata in via definitiva dalla Corte di cassazione con sentenza 18 gennaio 2019, n. 1412;

f) annotazione interdittiva deliberata dall’A.N.A.C. (annullata dal T.a.r., ma confermata dal Consiglio di Stato) per avere reso una falsa dichiarazione nel corso di una gara di appalto (solo successivamente sospesa dallo stesso Consiglio di Stato).

Inoltre, ad avviso della ricorrente Ase, la commissione, avendo illegittimamente negato ogni rilievo alle dette circostanze, si sarebbe limitata ad elencare le misure di *self cleaning* senza verificare la loro effettiva idoneità a

neutralizzare i gravi pregressi illeciti commessi dalla ditta (tanto più che la più efficace misura di *self cleaning*, cioè la rinnovazione dei vertici societari, apparirebbe frustrata dal fatto che il signor C.L., legale rappresentante di Rekeep all'epoca dei principali illeciti ascrivibili alla società, ha mantenuto la carica di presidente del Consiglio di Amministrazione di Manutencoop soc. coop., socio unico di Rekeep).

7.1. Va premesso che non è contestato che la commissione di gara abbia conosciuto la dichiarazione resa da Rekeep, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. c), quindi i fatti e i comportamenti che ne sono oggetto.

Riguardo alla relativa valutazione, come affermato di recente dalla su citata sentenza dell'Adunanza plenaria n.16/2020, <<*operano ... i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.>>.*

7.2. Per di più tale controllo esterno sulla valutazione compiuta dall'amministrazione, che impedisce qualsivoglia intervento diretto del giudice sulla fattispecie asseritamente espulsiva, è mediato dalla puntuale motivazione che la stazione appaltante ha l'obbligo di rendere in caso di esclusione, mentre, nel caso opposto -in specie quando l'operatore economico abbia assolto compiutamente ai propri obblighi informativi/dichiarativi, come accaduto nel caso di specie- non si richiede una motivazione altrettanto puntuale (cfr. Cons. Stato, V, 24 settembre 2018, n. 5499), ferma la possibilità

della verifica giudiziale della ragionevolezza e non manifesta incongruenza della determinazione di ammissione del concorrente.

7.3. Dagli atti di gara, in specie dal verbale n. 2 del 12 dicembre 2018, emerge che la commissione, non solo è stata resa edotta delle fattispecie rilevanti ai fini della valutazione di affidabilità o integrità del R.T.I. Rekeep, ma le ha considerate, chiedendo al riguardo un parere all'ufficio legale della provincia di Treviso.

7.4. La scelta effettuata dall'amministrazione è poi riscontrata da dati di fatto, di per sé indicatori della sua ragionevolezza (condanna penale estinta e precedenti penali costituiti da decreti penali di condanna opposti; due penali contrattuali applicate a Rekeep, comminante in pendenza di rapporto e di ammontare non rilevante -dichiarato, senza smentita, "*pari allo 0,3% del valore dei ricavi nel triennio*"; risoluzioni contrattuali regolarmente dichiarate, ma non definitive perché *sub iudice*, ovvero definite bonariamente; sanzione interdittiva comminata dall'ANAC, confermata ma successivamente sospesa dal Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 111 Cod. proc. amm.), ovvero è sostenuta da congruente motivazione (come per la revoca dell'aggiudicazione da parte del Comune di Lucca, che peraltro ha comportato l'incameramento della cauzione pari al modesto, non certo significativo, importo di € 480,00), anche in punto di adozione delle misure di *self cleaning* (come per la sanzione applicata dall'AGCM).

A tale ultimo riguardo, giova sottolineare che la generica obiezione mossa dalla ricorrente sull'attuale carica ricoperta dal signor C.L. in Manutencoop soc. coop. è superata dalla specifica elencazione delle misure, che riguardano proprio la normativa antitrust (tra cui la "*approvazione del programma di compliance antitrust*", la "*adozione e aggiornamento del codice di condotta antitrust*", la "*modifica della procedura aziendale MFM gestione affiliazione e associazione*").

7.5. Ribadito il carattere ampiamente discrezionale della valutazione della stazione appaltante sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico (cfr., da ultimo Cons. Stato, V, 20 marzo 2019, n. 1820, nonché id. 27 settembre

2019, n. 6490, secondo la quale ultima *“il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale potere valutativo - connotato da eminenti profili di discrezionalità tecnica - è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità ed erronea o rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio (cfr. Cons. di Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 3 gennaio 2019, n. 72): in particolare, il sindacato sulla motivazione deve essere mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti, non potendo per converso pervenire “ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa (così Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312) (cfr. Cons. di Stato, V, 20 marzo 2019, n. 1846)”*), e non avendo nemmeno la ricorrente evidenziato profili di contrarietà alla legge o di *manifesta* irragionevolezza del giudizio di affidabilità di Rekeep espresso dall'amministrazione provinciale, il motivo in esame va respinto.

8. Con l'originario quarto motivo di ricorso (*Violazione e falsa applicazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 3, ultimo periodo, e comma 6, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifeste, nonché per difetto di istruttoria e di motivazione*), proposto in via ulteriormente subordinata, Ase evidenzia l'illegittimità della condotta della stazione appaltante per aver omesso qualsiasi verifica circa l'effettiva congruità dell'offerta presentata dall'A.T.I. controinteressata.

8.1. Premesso che la stessa ricorrente riconosce l'insussistenza dei presupposti per la verifica di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 e che la lettera d'invito aveva espressamente previsto che la commissione avrebbe proceduto alla verifica di anomalia soltanto in caso di verifica obbligatoria (*“qualora l'offerta sia anormalmente bassa ai sensi del predetto art. 97, comma 3”*), in merito al ricorso alla verifica di congruità ai sensi del comma 6 dello stesso art. 97 si osserva quanto segue.

La giurisprudenza amministrativa è univocamente nel senso che si tratti di facoltà rimessa ad una valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante (anche quando prevista nel bando o nella lettera d'invito: ciò, che,

invece, non è nel caso di specie), che non richiede espressa motivazione ed è sindacabile solo in caso di decisivo errore di fatto o di macroscopica irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, V, 5 febbraio 2019, n. 881). Quest'ultima è stata ritenuta per le offerte vicine al limite che impone la verifica obbligatoria (sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara), perché ritenute "di confine" (cfr. Cons. Stato, V, 7 dicembre 2017, n. 5771).

8.2. Nel verbale del 21 maggio 2019 la commissione di gara ha rilevato che i punti attribuiti all'offerta tecnica di Rekeep sono inferiori ai quattro quinti del punteggio massimo e che la stessa è stata superata dall'offerta tecnica di Ase.

I rilievi della ricorrente concernenti l'elevata entità del ribasso, anche a fronte dei ribassi offerti dagli altri concorrenti, sono insufficienti ad evidenziare ragioni di incongruità dell'offerta, cioè di insostenibilità economica della medesima, di modo che, allo stato degli atti, risulta legittimo l'operato del seggio di gara e della stazione appaltante che, in mancanza di indici significativi di tale insostenibilità, hanno provveduto alla definizione della graduatoria ed all'aggiudicazione, così come imposto dalla lettera d'invito, che non prevedeva nemmeno l'eventualità della verifica facoltativa.

8.3. Anche l'ultimo dei motivi di ricorso riproposti da Ase va respinto.

9. L'accoglimento dei motivi di appello sopra specificati e il rigetto dei motivi del ricorso di Ase, dichiarati assorbiti in primo grado e riproposti in appello, comportano la carenza di interesse di Rekeep all'esame, oltre che del primo motivo di gravame, di cui sopra, anche del quinto motivo, concernente il rigetto del ricorso incidentale proposto in primo grado.

10. In conclusione, accolto l'appello e respinti i motivi riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in riforma della sentenza di primo grado, va rigettato il ricorso avanzato da Ase AcegasApsAmga Servizi Energetici s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Engie Servizi s.p.a., contro la Provincia di Treviso e va confermata



l'aggiudicazione disposta in favore della società Rekeep s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI costituito con Apleona HSG s.p.a. e Antas s.p.a. con determinazione n. 773 del 26 giugno 2019.

10.1. Le ragioni della decisione, basate anche sulla sentenza di questo Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, pubblicata in pendenza dell'appello, rendono di giustizia la compensazione delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie secondo quanto specificato in motivazione e, respinti i motivi riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso avanzato da Ase AcegasApsAmga Servizi Energetici s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Engie Servizi s.p.a., contro la Provincia di Treviso e nei confronti dell'appellante.

Compensa le spese di entrambi i gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

## IL SEGRETARIO

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