

Pubblicato il 20/02/2023

N. 01700/2023REG.PROV.COLL.  
N. 04573/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4573 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Savetio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

*contro*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Piera Pujatti e Alessandra Zimmitti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Emanuela Quici in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 35,

*nei confronti*

di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino n. 2/a,

*e con l'intervento di*

*ad adiuvandum:*

signori -OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Alberto Biffani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visto l'appello incidentale, da valere anche come autonomo, di -OMISSIS-;

Visti i motivi aggiunti *ex art.* 104, comma 3, c.p.a. proposti da -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023, il Cons. Stefania Santoleri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. - Con bando pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 240 del 14 dicembre 2017 l'-OMISSIS- ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali in favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di cui all'art. 1 della L.R. n. 30 del 27 dicembre 2006 e s.m.i. (Gara -OMISSIS-), per una durata di 60 mesi (5 anni), con facoltà di proroga dei contratti per 6 mesi.

1.1 - La procedura di gara, del valore complessivo di € 166.332.204,05, è stata ripartita in nove lotti, di valore decrescente, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2 - Alla procedura sono stati ammessi a partecipare, ai sensi dell'art. 2.1 del Disciplinare di gara, i soggetti individuati dall'art. 45 del D.lgs. n. 50/2016, ai quali era inibito *“di partecipare al medesimo lotto in forma individuale e*

*contemporaneamente in forma associata (quale componente di un RTI o di un Consorzio), così come è fatto divieto ad una medesima impresa di partecipare ad un lotto della presente procedura in diversi RTI o in diversi Consorzio, pena, in ogni caso, l'esclusione dell'impresa e del/i concorrente/i in forma associata (RTI o Consorzio) al quale l'impresa stessa partecipa*".

Per quanto concerne la partecipazione a più lotti, l'art. 2.5 del Disciplinare prevedeva poi che *"Con riferimento alle condizioni minime di partecipazione, il concorrente che intenda partecipare a più lotti, tenendo conto della forma con la quale partecipa (impresa singola, impresa componente R.T.I., impresa consorziata), dovrà possedere i requisiti di partecipazione richiesti per ciascun singolo lotto"*.

1.3 - Il Disciplinare di gara fissava all'art. 5.2 il vincolo di aggiudicazione di un numero massimo di quattro lotti aggiudicabili da ciascun operatore *"nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procedura"*, secondo l'ordine dei lotti sulla base del valore decrescente degli stessi.

1.4 - All'esito delle operazioni di apertura e valutazione delle offerte, con determinazione prot. n. -OMISSIS-la stazione appaltante ha adottato l'atto di aggiudicazione definitiva, con i seguenti esiti:

- l'aggiudicazione dei Lotti n. -OMISSIS-
- l'aggiudicazione del Lotto n. 4 a -OMISSIS- (come impresa singola);
- l'aggiudicazione dei Lotti n. 5, 7 e 9 al costituendo RTI composto da -OMISSIS-);
- l'aggiudicazione dei Lotti n. 2 e 6 al costituendo RTI Consorzio -OMISSIS- -OMISSIS-si collocava seconda nei Lotti 4, 5 e 8, nonché terza nel Lotto 3, preceduta dall'RTI -OMISSIS- e dall'RTI -OMISSIS-

1.5 - Avverso gli esiti dell'aggiudicazione è insorta -OMISSIS-, con nove separati ricorsi incardinati dinanzi al TAR per la Lombardia.

1.6 - In relazione al Lotto n. 4, aggiudicato in favore di -OMISSIS- ora -OMISSIS-, e nel quale -OMISSIS-era arrivata seconda in graduatoria, con sentenza n. -OMISSIS-, il TAR Lombardia ha accolto sia il ricorso principale,

annullando l'aggiudicazione, sia il ricorso incidentale, dichiarando l'illegittimità dell'ammissione in gara dell'odierna ricorrente.

1.7 - In sede di appello, questa Sezione, con sentenza n. -OMISSIS-, ha accolto sia l'appello principale, con conseguente reviviscenza della graduatoria e degli atti della procedura, sia l'appello incidentale, con conseguente riammissione in gara dell'odierna ricorrente.

1.8 - In parallelo al contenzioso instaurato da -OMISSIS-, l'RTI -OMISSIS- ha proposto ricorso in relazione al Lotto n. 2, contestando l'aggiudicazione a favore del RTI -OMISSIS-

1.9 - Con nota prot. n. -OMISSIS- del 5 marzo 2021, il RUP, verificato quanto dedotto dalla società -OMISSIS-, e riscontrando la presenza di meri errori materiali, ferme restando le valutazioni tecniche effettuate dalla Commissione, ha proposto la rideterminazione del punteggio totale attribuito al Lotto n. 2, da cui era risultato come primo operatore in graduatoria l'RTI -OMISSIS-, che ha quindi scavalcato l'RTI -OMISSIS-

1.10 - Con determina n.-OMISSIS- -OMISSIS-ha rettificato il precedente provvedimento n.-OMISSIS- e ha aggiudicato i Lotti n. 6 al Consorzio -OMISSIS-, n. 7 a -OMISSIS-S.p.a., n. 8 ad -OMISSIS-, e n. 9 al Consorzio -OMISSIS-.

1.11 - In data 23 febbraio 2021 -OMISSIS-ha segnalato ad -OMISSIS-che -OMISSIS-sarebbero state coinvolte in inchieste giudiziarie in relazione a presunte condotte corruttive realizzate per l'aggiudicazione di gare pubbliche, tali da determinare la perdita dei requisiti di affidabilità e integrità e costituire causa di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c)* e *c-bis)*, del Codice dei contratti pubblici.

1.12 - Con una seconda diffida, in data 26 aprile 2021, è stato sollecitato nuovamente il procedimento di verifica del possesso continuativo dei requisiti in capo a -OMISSIS- e a -OMISSIS-e agli RTI da essi composti.

1.13 - Con determinazione n. -OMISSIS-, condividendo la proposta di aggiudicazione del RUP del 7 giugno 2021, da considerarsi parte integrante

della stessa determinazione n. -OMISSIS- -OMISSIS- ha disposto l'aggiudicazione dei Lotti nn. 1, 2, 3 e 5, in favore dell'operatore economico -OMISSIS- e -OMISSIS- (raggruppamento temporaneo imprese costituendo), da considerarsi alla stregua di un unico operatore economico, e del Lotto n. 4 in favore di -OMISSIS-., come impresa singola.

2. - Avverso la determina di aggiudicazione n. -OMISSIS-, e tutti gli atti indicati in epigrafe -OMISSIS- ha proposto ricorso, chiedendone l'annullamento, previa tutela cautelare, limitatamente al Lotto n. 4.

2.1 - Si è costituita in giudizio -OMISSIS-, resistendo al ricorso, di cui ha contestato la fondatezza con separata memoria.

2.2. - Si è costituita altresì la società controinteressata -OMISSIS-, chiedendo il rigetto del ricorso.

2.3. - Con ordinanza n. -OMISSIS-, il TAR Lombardia ha respinto la domanda cautelare.

2.4. - In data 16 settembre 2021 -OMISSIS-, già -OMISSIS-, ha depositato il ricorso incidentale, con cui ha impugnato l'ammissione in gara della ricorrente.

Per chiarezza espositiva, tenuto conto della complessità della vicenda, il Collegio ritiene opportuno richiamare, per sintesi, le doglianze proposte nel giudizio di primo grado.

3. - Con il ricorso principale di primo grado -OMISSIS- ha dedotto tre motivi di gravame:

I) *“Violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) e comma 6 del D.lgs. 50/2016; erronea presupposizione in fatto e in diritto; difetto di istruttoria e carenza motivazionale; sviamento; violazione delle linee guida ANAC n. 6; violazione dell’art. 80, comma 7 e comma 8 del D.lgs. n. 50/2016 in merito alle misure di self-cleaning”;*

II) *“Violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c-bis) D.lgs. 50/2016; violazione del principio del clare loqui e degli obblighi dichiarativi; violazione dell’art. 80, comma 6, D.lgs. 50/2016; erronea presupposizione in fatto e in diritto; difetto di istruttoria e carenza motivazionale; sviamento”;*

III) “*Violazione del patto di integrità; violazione dei principi di buon andamento, proporzionalità e trasparenza della p.a.; violazione del principio della par condicio; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria; ingiustizia grave e manifesta*”.

Con tali doglianze, in estrema sintesi, -OMISSIS-ha sostenuto che -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa per gravi errori professionali, in quanto l'amministratore delegato ed il responsabile operativo per la Sicilia erano stati indagati per corruzione per l'affidamento di gare aventi il medesimo oggetto di quella in questione; questi ultimi avevano subito misure cautelari personali; si trattava di reati compiuti nell'interesse della società, che era stata essa stessa sottoposta al procedimento penale per illecito amministrativo; diverse stazioni appaltanti avevano escluso -OMISSIS-dalle gare.

-OMISSIS-ha poi aggiunto che il RUP avrebbe illegittimamente valorizzato le misure di *self cleaning* assunte da -OMISSIS-, in quanto non aventi efficacia retroattiva; inoltre, tali misure non sarebbero state correttamente valutate dalla stazione appaltante; infine, il richiamo alla delibera ANAC, non sarebbe stato idoneo a giustificare l'insussistenza dei presupposti recati dall'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 nella versione applicabile *ratione temporis*.

-OMISSIS-ha anche dedotto che – pur conoscendo tali fatti – -OMISSIS-non li avrebbe dichiarati in sede di gara, incappando, quindi, in un'ipotesi di omissione dichiarativa *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis*).

Infine, la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione di -OMISSIS-anche in applicazione del patto di integrità richiamato negli atti di gara.

3.1 - Quanto al ricorso incidentale, diretto ad ottenere l'esclusione di -OMISSIS-dalla gara, -OMISSIS-ha richiamato la sopravvenuta conoscenza di circostanze ascrivibili a gravi illeciti professionali commessi dalla ricorrente principale, consistenti in provvedimenti risolutivi dei rapporti contrattuali e di applicazione di penali, disposti da diverse stazioni appaltanti per gravi

inadempimenti di -OMISSIS-nell'esecuzione dei contratti, non resi noti da quest'ultima.

-OMISSIS-ha quindi prospettato, con il ricorso incidentale, le seguenti doglianze:

1) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 comma 5 lett. c), del Codice, nella versione applicabile ratione temporis (ora c-bis). Violazione del principio del clare loqui, di leale cooperazione e di buona fede e correttezza”;*

2) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 comma 5 lett. c), del Codice, ratione temporis applicabile, (ora anche c-ter), sostenendo che gli inadempimenti contestati ad -OMISSIS-e comunque le condotte ad essa addebitabili sarebbero in sé talmente gravi da dover comportare in ogni caso l’esclusione dell’operatore dalla gara de qua”.*

3.2 - Quanto ad -OMISSIS-, ha eccepito profili di inammissibilità del ricorso incidentale, e dopo aver controdedotto sui motivi di doglianza, ne ha chiesto il rigetto.

4. - Con la sentenza appellata, n. -OMISSIS-, relativa al Lotto n. 4, il TAR ha così deciso:

- ha accolto i primi due motivi del ricorso principale, disponendo l'assorbimento del terzo motivo, disponendo, quindi, l'annullamento della determinazione di -OMISSIS-n. -OMISSIS-, recante l'aggiudicazione, in favore di -OMISSIS-, del Lotto n. 4 (oltre che dei Lotti nn. 1, 2, 3 e 5);

- ha respinto le eccezioni di inammissibilità proposte da -OMISSIS-nei confronti del ricorso incidentale, relative alla sua ammissione alla gara [la prima relativa alla mancata impugnazione della nota del 20 settembre 2021, con la quale -OMISSIS-aveva già svolto i necessari controlli, ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sulla posizione di -OMISSIS-, prima di aggiudicarle il Lotto n. 8 della stessa gara; la seconda per violazione del principio del *ne bis in idem*, atteso che questo Consiglio di Stato si era già pronunciato sulla ammissione di -OMISSIS-alla gara];

- ha accolto il ricorso incidentale di -OMISSIS-, disponendo l'annullamento della graduatoria, nella parte in cui -OMISSIS-era risultata seconda

classificata, decretando, quindi, la sua esclusione dalla gara;

- ha respinto la domanda risarcitoria in forma specifica e per equivalente formulata dalla ricorrente principale.

5. - Avverso tale decisione -OMISSIS- ha proposto appello principale, notificato e depositato il 3 giugno 2022.

Con il primo motivo ha dedotto la censura di *“Errores in procedendo ed in iudicando: erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale di -OMISSIS-, rigettando le eccezioni di inammissibilità. Illogicità e contraddittorietà della sentenza. Erroneo presupposto in fatto e in diritto. Violazione della lex specialis”*: con tale censura ha censurato il capo di sentenza che aveva respinto le eccezioni di inammissibilità sollevate in relazione alle doglianze prodotte da -OMISSIS- nel ricorso incidentale.

Con il secondo motivo -OMISSIS- ha dedotto la doglianza di *“Errores in procedendo e in iudicando. Sull’erroneità della sentenza per aver ritenuto fondato il ricorso incidentale di -OMISSIS-”* contestando la tesi di -OMISSIS-, accolta dal TAR, secondo cui essa sarebbe incorsa in una omissione dichiarativa, astrattamente rilevante *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis) (lett. c) nella versione originale vigente ratione temporis*), per non aver informato la stazione appaltante delle tre risoluzioni e delle quattro penali citate da -OMISSIS- nel ricorso incidentale, che avrebbero compromesso la sua affidabilità come operatore.

Con il terzo motivo ha dedotto la doglianza di *“Eccesso di potere giurisdizionale. Violazione del divieto di cui all’art. 34, comma 2, c.p.a. Erroneità della sentenza nella parte in cui dispone l’annullamento della graduatoria relativamente alla posizione di -OMISSIS-”* sostenendo che il TAR non avrebbe potuto sostituirsi all’Amministrazione disponendo la sua esclusione dalla gara, ma al massimo avrebbe potuto statuire l’obbligo della stazione appaltante di verificare la sua posizione anche per il lotto in questione (come già accaduto per il Lotto n. 8).

Con il quarto motivo ha dedotto la censura di *“Errores in procedendo e in iudicando. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato la domanda risarcitoria in forma specifica e per equivalente, formulata da -OMISSIS-”*: con tale domanda -



OMISSIS-ha reiterato la domanda, già proposta in primo grado, di declaratoria di inefficacia della convenzione, nonché dei contratti attuativi e di condanna al subentro.

Con il quinto motivo -OMISSIS-ha riproposto il terzo motivo del ricorso principale di primo grado che era stato assorbito dal TAR, relativo alla *“Violazione del patto di integrità. Violazione dei principi di buon andamento, proporzionalità e trasparenza della P.A. Violazione del principio della par condicio. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Ingiustizia grave e manifesta”* sostenendo che -OMISSIS-avrebbe dovuto essere esclusa per violazione del Patto di integrità in materia di contratti pubblici regionali, richiamato dall’art. 1.8 del Disciplinare di gara, che -OMISSIS- (ora -OMISSIS-) aveva sottoscritto e che era stato violato.

5.1 - Si sono costituite in giudizio -OMISSIS-S.p.a. e -OMISSIS-; in data 28 giugno 2022 -OMISSIS-ha depositato la propria memoria difensiva.

5.2 - In pari data, -OMISSIS-ha notificato e depositato l’appello incidentale, da intendersi anche come autonomo, avverso la sentenza del TAR n. -OMISSIS-, nella parte in cui aveva omesso di esaminare e di accogliere il secondo motivo del ricorso incidentale formulato da -OMISSIS---OMISSIS- nell’ambito del giudizio di primo grado, e nella parte in cui aveva accolto il ricorso principale proposto da -OMISSIS-ed aveva disposto l’annullamento degli atti impugnati.

5.3 - Con l’appello incidentale -OMISSIS-ha dedotto plurime doglianze: le censure riguardano, come anticipato, sia la posizione di -OMISSIS-che la propria; per quanto riguarda l’appellante principale -OMISSIS-sono state proposte le censure rubricate sotto la lettera “A”, “B1”, “B2” “B3”; le doglianze successive (da “B4” a “B9”) investono, invece, il capo di sentenza con il quale il TAR ha disposto l’annullamento dell’aggiudicazione in suo favore.

Nel dettaglio:

- con la doglianza rubricata *sub A*), -OMISSIS-ha censurato la sentenza per avere il TAR omesso di esaminare il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado da essa proposto, relativo all'imputabilità ad -OMISSIS-di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 (risoluzioni contrattuali e penali);

- con la doglianza *sub B1*) l'appellante incidentale ha dedotto il difetto di interesse di -OMISSIS-all'impugnazione, tenuto conto dell'avvenuta esclusione di quest'ultima dalla graduatoria di gara per omissione di dichiarazione di illeciti professionali, considerato anche l'insussistenza dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, non essendo state dedotti motivi *ad hoc*;

- con la censura *sub B2*) l'appellante incidentale ha prospettato plurimi profili di inammissibilità del ricorso proposto da -OMISSIS-: ha dedotto, in estrema sintesi;

a) che l'aggiudicazione del Lotto n. 4 sarebbe stata disposta con la determinazione n.-OMISSIS-, coperta da giudicato, atteso che con la determinazione n. -OMISSIS--si sarebbe limitata a rettificare la determinazione di aggiudicazione n.-OMISSIS-, relativamente al Lotto n. 2, senza intervenire sull'aggiudicazione del Lotto n. 4 (pag. 7-8 dell'appello incidentale), con la conseguenza che il TAR non avrebbe potuto annullare la determinazione n.-OMISSIS- non impugnata e coperta da giudicato; ha quindi aggiunto che la sentenza impugnata sarebbe affetta dal vizio di ultrapetizione;

b) ha quindi sostenuto che il ricorso di -OMISSIS-sarebbe stato tardivo, in quanto proposto nel 2021 avverso un provvedimento adottato nel 2019;

c) ha rilevato che l'ammissione di -OMISSIS-sarebbe inoppugnabile, in quanto disposta con provvedimento del giorno 11 luglio 2018, allorquando vigeva l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.;

d) ha aggiunto che l'azione sarebbe stata inammissibile anche perché volta a contestare un diniego di autotutela da parte della stazione appaltante (art. 32,

comma 7, del codice degli appalti), da ritenersi incoercibile e, comunque, perché proposta oltre il termine di 12 mesi previsto dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241/90; inoltre il TAR avrebbe invaso le competenze discrezionali dell'Amministrazione sostituendosi a quest'ultima nella rimozione del provvedimento di aggiudicazione;

- infine, con la doglianza rubricata come B3) ha lamentato l'erroneità della sentenza per non aver dichiarato inammissibile il ricorso di -OMISSIS- per mancata impugnazione della nota prot. -OMISSIS-, con la quale -OMISSIS- aveva rinnovato la valutazione di affidabilità e di possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 relativamente a -OMISSIS-.

5.4 - I successivi motivi B4 – B8) (che saranno in seguito esaminati) si riferiscono, invece, all'impugnazione della sentenza nella parte in cui il TAR ha ritenuto la sussistenza, a suo carico, di gravi illeciti professionali idonei a mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità, non avendo condiviso le valutazioni favorevoli svolte dall'Amministrazione, anche con riferimento alle misure di *self cleaning* da essa adottate.

5.5 - Infine, con l'ultimo motivo B9), -OMISSIS- ha impugnato la sentenza nella parte in cui ha affermato che essa avrebbe violato l'obbligo dichiarativo di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) (ora *c-bis*) del codice degli appalti: con tale doglianza ha rilevato di aver puntualmente fornito alla stazione appaltante tutte le informazioni utili ai fini della valutazione di sua competenza.

5.6 - In data 4 ottobre 2022 si è costituita in giudizio anche la società -OMISSIS- S.p.a.

5.7 - In data 10 ottobre 2022 hanno spiegato intervento *ad adiuvandum* di -OMISSIS- alcuni dipendenti della medesima società (indicati in epigrafe) chiedendo l'accoglimento dell'appello incidentale, da valere anche come autonomo, proposto da -OMISSIS-, ed il rigetto dell'appello principale di -OMISSIS-.

5.8 - In prossimità dell'udienza pubblica fissata per il giorno 27 ottobre 2022, -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno depositato memorie difensive e di

replica.

6. - In data 25 ottobre 2022 -OMISSIS- ha proposto motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a., con i quali ha denunciato il difetto di interesse al ricorso di -OMISSIS- e l'illegittimità della sua ammissione e collocazione nella graduatoria finale della gara, già impugnati con il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-.

Tali doglianze sono state proposte alla luce di fatti sopravvenuti, appresi tramite la stampa, che hanno interessato -OMISSIS-, tali da integrare i presupposti del grave illecito professionale, che hanno determinato l'adozione, da parte dell'autorità giudiziaria, del provvedimento cautelare di divieto di contrarre con la P.A. per un anno, successivamente revocato.

6.1 - All'udienza pubblica del 27 ottobre 2022, l'appello è stato rinviato su concorde richiesta delle parti.

6.2 - A seguito della nuova fissazione dell'udienza pubblica le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive e di replica a sostegno delle rispettive tesi.

7. - All'udienza pubblica del 26 gennaio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - L'appello incidentale va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado proposto da -OMISSIS- va respinto; l'appello principale va dichiarato in parte improcedibile ed in parte va respinto, come precisato in motivazione; vanno dichiarati improcedibili anche i motivi aggiunti proposti da -OMISSIS- *ex* art. 104, comma 3, c.p.a.

9. - Per ragioni logiche ritiene il Collegio di dover esaminare preventivamente l'appello incidentale proposto da -OMISSIS-, nella parte in cui ha censurato il capo di sentenza che, in accoglimento del ricorso principale di -OMISSIS-, ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore.

È del tutto evidente che, in caso di accoglimento di tale impugnazione, riviverebbe l'aggiudicazione disposta con la determinazione n. -OMISSIS- in favore di -OMISSIS-, con conseguente improcedibilità dell'appello principale

di -OMISSIS-, seconda classificata, nella parte relativa all'impugnazione della propria esclusione dalla gara. È opportuno rilevare che, nel presente contenzioso, -OMISSIS-non ha dedotto censure dirette ad ottenere la caducazione dell'intera gara, facendo valere l'interesse al rifacimento della procedura di gara, ma ha proposto la sua impugnazione al solo fine di ottenere l'esclusione dalla gara della società aggiudicataria -OMISSIS-, al fine di subentrare ad essa in qualità di seconda classificata in graduatoria, previa caducazione del capo di sentenza che ha decretato la sua stessa esclusione dalla gara. È palese che, in caso di riforma del capo di sentenza che ha decretato l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, quest'ultimo operatore tornerebbe ad essere primo classificato nella graduatoria e, quindi, aggiudicatario, con la conseguenza che la pronuncia sulla ammissione di -OMISSIS-alla gara non arrecherebbe alla stessa concorrente alcuna concreta utilità all'interno del presente contenzioso, alla luce delle domande proposte.

Dovrebbe quindi esaminarsi soltanto il terzo motivo del ricorso di primo grado, diretto ad ottenere l'esclusione di -OMISSIS-per violazione del patto di integrità, riproposto da Altea con il terzo motivo di appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

Diverrebbero improcedibili i motivi aggiunti all'appello incidentale di -OMISSIS-(diretti anch'essi alla declaratoria di esclusione di -OMISSIS-) ed i motivi *sub* A, B1, B2 e B3 dedotti da -OMISSIS-nell'appello incidentale, in quanto diretti a paralizzare l'azione impugnatoria di primo grado proposta da -OMISSIS-.

10. - Ricostruito l'ordine logico di trattazione, ritiene il Collegio di dover svolgere alcune precisazioni preliminari.

10.1 - Con la sentenza del -OMISSIS-, questa Sezione si è pronunciata sull'appello avverso la sentenza del TAR Lombardia n. -OMISSIS-, relativa al Lotto n. 2 della medesima gara; come già rilevato, l'aggiudicazione di tale lotto è intervenuta con provvedimento dell'8 giugno 2021, n. -OMISSIS-, su

proposta del RUP del 7 giugno 2021, e cioè con il medesimo atto con il quale è stata disposta l'aggiudicazione del Lotto n. 4, oggetto del presente giudizio. Nella suddetta sentenza, relativa al Lotto n. 2, questa Sezione ha affrontato problematiche dedotte anche nel presente appello; va anche sottolineato che l'esito dei giudizi di primo grado, relativi ai due Lotti nn. 2 e 4, è stato differente.

11. - Svolte queste premesse è possibile procedere alla disamina dei motivi dell'appello incidentale.

11.1 - Con la determinazione n. -OMISSIS-, motivata *per relationem* richiamando la proposta di aggiudicazione emessa dal RUP in data 7 giugno 2021, -OMISSIS- ha ritenuto che non ricorressero nei confronti di -OMISSIS- i presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

11.2 - La nota del R.U.P. del 7 giugno 2021 dà atto, innanzitutto, di due atti d'impulso endoprocedimentale da parte della stessa -OMISSIS-. (ora -OMISSIS-) e da parte di -OMISSIS-.

T.S.- -OMISSIS-, in data 8 marzo e il 7 maggio 2021, aveva segnalato la pendenza di un procedimento penale presso il Tribunale di Palermo a carico di un ex amministratore delegato e di un ex dirigente della stessa società, e la conseguente pendenza di un procedimento penale a circo della medesima società ai sensi dell'art. 25, comma 2, d. lgs. n. 231/20001); anche la società -OMISSIS-S.p.a., in data 23 febbraio 2021 aveva segnalato l'esclusione di -OMISSIS- da una procedura di gara calabrese (impugnata ma con esito negativo).

Il 17 maggio 2021 -OMISSIS- aveva segnalato "*l'assenza di aggiornamenti rispetto alle vicende penal*", e l'archiviazione (con deliberazione 16 aprile 2021, precedentemente trasmessa) del procedimento di segnalazione promosso dall'A.S.P. di Palermo innanzi all'ANAC.

11.3 - Il RUP aveva osservato, in proposito, che "*nell'ambito delle delibazioni svolte, l'Autorità ha concluso che -OMISSIS- S.p.A. è «dotata di struttura organizzativa e di modello organizzativo tali da costituire idonei strumenti di prevenzione rispetto agli*

*illeciti, che escludono l'imputabilità alla stessa società dei fatti ascritti alle persone fisiche coinvolte nella vicenda giudiziaria», confermando per questa via la bontà delle misure rimediali adottate dall'operatore, ai sensi del comma 8 dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, relativamente alle ipotesi di grave illecito professionale”.*

Il RUP aveva chiesto ulteriori approfondimenti, e -OMISSIS- con nota del 7 giugno 2021, aveva risposto *“sottolineando come il sistema di gestione anticorruzione sia stato perfezionato dopo le predette vicende giudiziarie e l'esclusione disposta dalla SUA Calabria per le medesime circostanze, allegando un corredo documentale a comprova”.*

11.4 - Lo stesso R.U.P. aveva richiamato la delibera ANAC del 13 aprile 2021, con la quale l'Autorità nell'archiviare il procedimento, aveva affermato che *“non si possa ritenere la condotta segnalata come connotata da una gravità tale da rendere configurabile la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, quale grave illecito professionale non sussistendo un accertamento di illecito validamente rilevante, anche alla luce delle Linee Guida ANAC n. 6 del 2017”.*

11.5 - La stessa Autorità aveva ritenuto che -OMISSIS- (ora -OMISSIS-) fosse *“dotata di struttura organizzativa e di modello organizzativo tali da costituire idonei strumenti di prevenzione rispetto agli illeciti, che escludono l'imputabilità alla stessa società dei fatti ascritti alle persone fisiche coinvolte nella vicenda giudiziaria”* confermando la bontà delle misure rimediali adottate dall'operatore, ai sensi del comma 8 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, relativamente all'ipotesi di grave illecito professionale.

Peraltro, nel provvedimento del RUP si dava atto che, con nota del 7 giugno 2021 -OMISSIS-aveva confermato tale ricostruzione, sottolineando di aver perfezionato il sistema di gestione anticorruzione dopo le vicende giudiziarie e l'esclusione disposta dalla SUA Calabria.

11.5 - Il RUP aveva concluso, pertanto, osservando che il concorrente in questione *“come emerge dalla Delibera ANAC, ha segnatamente adottato iniziative idonee a dissociarsi dalle vicende contestate e a prevenire, attraverso innovazioni di carattere organizzativo, la reiterazione degli illeciti in questione, provvedendo, in particolare: a cessare ogni rapporto con le persone coinvolte nelle vicende giudiziarie (le quali sono state*

dapprima rimosse/sospese dai propri incarichi e poi licenziate); a conferire appositi incarichi a società specializzate con finalità di supporto nell'individuazione di eventuali miglioramenti da apportare al modello ex D.Lgs. 231/2001, che hanno condotto, in data 30 dicembre 2020, al rilascio di apposita certificazione (n. ABMS-201/20) di conformità del Sistema di Gestione Anticorruzione adottato agli standard UNI ISO 37001:2016; nominare un nuovo "Responsabile Funzione di Conformità per la Prevenzione della Corruzione" (FCP) in data 15 dicembre 2020. Conseguentemente, alla luce di quanto emerso dalla Delibera ANAC del 13 aprile 2021 e dalla produzione documentale acquisita dalla scrivente, nonché all'esito delle comunicazioni rese da -OMISSIS- S.p.A. in data 8 marzo 2021, 17 maggio 2021 e 7 giugno 2021, deve ritenersi che le misure di self cleaning sopra riassunte siano idonee a dimostrare l'integrità e l'affidabilità dell'operatore, nonché l'insussistenza dei presupposti del grave illecito professionale, alla stregua di quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016 e dalle Linee Guida ANAC n. 6, relativamente ai casi sopra scrutinati? [...] 11.6 - Tale valutazione, recepita nella determinazione n. -OMISSIS-, recante l'aggiudicazione del Lotto n. 4 in favore di -OMISSIS-, non ha superato il vaglio di legittimità del TAR.

12. - Con la sentenza impugnata il giudice di prime cure ha ritenuto, quanto alle misure di self cleaning, che: "in aderenza alla giurisprudenza nettamente prevalente" [...] che le misure di self cleaning adottate dalla società -OMISSIS- non possano assumere rilievo per la gara in questione, bandita alla fine del 2017, potendo semmai avere effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; T.A.R. Roma, Sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394; T.A.R. Brescia, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218). In una vicenda analoga che ha visto coinvolte le stesse parti del giudizio, è stato condivisibilmente osservato che "Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6.4.2020, n. 2260)" (Cons. Stato sez. III 6 dicembre 2021 n. 8160).



11.2. *Di contro i fatti penalmente rilevanti sono accaduti proprio nel corso della lunga e articolata procedura, quando le offerte dei concorrenti erano già state presentate.*

11.3. *Per le ragioni che precedono la valutazione in proposito effettuata dalla stazione appaltante è del tutto inidonea a sostenere il giudizio di affidabilità dell'operatore, essendo fondata su interventi "riparatori", sotto un profilo organizzativo, posti in essere dalla società ma che, di per sé, non assumono rilievo nella gara in questione".*

12.1 - A prescindere da tali misure, il TAR ha ritenuto non condivisibile la valutazione della delibera ANAC del 13 aprile 2021, con cui è stato archiviato il procedimento per l'inserimento dell'annotazione nel casellario informatico, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, avviato dalla ASP Palermo, sostenendo che la *ratio* dell'annotazione sarebbe quella di raccogliere informazioni e notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica dei requisiti generali e speciali degli operatori economici; ne ha dedotto che, dall'archiviazione disposta dall'ANAC, non potrebbe desumersi la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico spettando tale accertamento alla stazione appaltante.

12.2 - Ha poi aggiunto che -OMISSIS-, solo nella primavera del 2021, a seguito della segnalazione di -OMISSIS- e delle successive richieste di -OMISSIS-, avrebbe fornito le necessarie informazioni circa i fatti penalmente rilevanti risalenti al maggio 2020.

A sua volta, la stazione appaltante non avrebbe espresso "*alcun giudizio di affidabilità del concorrente in relazione all'omissione delle informazioni, autonomo rispetto alla valenza dei fatti celati*".

12.3 - In sintesi, nella sentenza impugnata, il TAR ha ritenuto che:

(i) il giudizio di -OMISSIS- si sarebbe fondato "*su elementi astrattamente considerati e non concretamente valutati in base ad un'autonoma operazione di discernimento della stazione appaltante*" (pag. 17);

(ii) "*quegli stessi elementi, complessivamente considerati..., fanno, di contro, emergere un quadro vacillante sotto il profilo dell'affidabilità della società*" (pag. 17);

(iii) “la motivazione posta a sostegno del provvedimento di aggiudicazione risulta quindi essere solo apparente” (pag. 18).

13. - Con il motivo B4) l'appellante incidentale ha censurato la motivazione del TAR, sostenendo che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la stazione appaltante avrebbe accertato l'affidabilità e l'integrità di -OMISSIS-; le misure di *self cleaning* avrebbero confermato tale giudizio, atteso che l'affidabilità morale e professionale della società sarebbe stata già sussistente.

13.1 - Con il motivo B5) l'appellante incidentale ha denunciato l'erroneità della sentenza per aver ritenuto inapplicabili delle misure di *self cleaning* alla gara in questione, in quanto asseritamente valide solo *pro futuro*; ha anche censurato tale decisione per aver ritenuto non rilevante la delibera ANAC 13 aprile 2021-16 aprile 2021, in quanto afferente al solo inserimento nel casellario e, comunque, contraddetta dalla delibera del 14 aprile 2021 di avvio del procedimento prefettizio *ex art.* 32 del d.l. n. 90/2014.

-OMISSIS-:

- ha richiamato il costante orientamento della giurisprudenza in tema di valutazione delle cause facoltative di esclusione dalle gare pubbliche, secondo cui la P.A. gode di ampia discrezionalità ed il giudice amministrativo può sindacare tali valutazione solo ove palesemente pretestuose e ai soli fini del riesame da parte della stessa P.A.;

- ha quindi rilevato che il primo giudice avrebbe travalicato dal limite del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo avendo contrapposto la propria valutazione sulla gravità e rilevanza dei fatti a quella della stazione appaltante, senza indicare alcun profilo di manifesta pretestuosità di tale valutazione;

- ha poi richiamato la contraddittorietà delle decisioni del TAR Lombardia che, in relazione al Lotto n. 2, con sentenza n. 2573 del 19 novembre 2021 aveva deciso in senso opposto, ritenendo corretta la decisione di -OMISSIS- circa l'insussistenza dei presupposti per la configurabilità della causa di

esclusione del grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016;

- ha quindi aggiunto che, trattandosi di ammissione dell'operatore alla gara, con riferimento a cause facoltative di esclusione, non sarebbe stata necessaria neppure una motivazione analitica e puntuale, essendo sufficiente l'esternazione della mera volontà provvedimentoale di non esclusione dalla gara.

- ha dedotto che, in ogni caso, giammai il TAR avrebbe potuto disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, visto che la stazione appaltante aveva formulato un giudizio favorevole sull'operatore economico tanto da non espellerlo dalla gara;

- ha criticato la sentenza per aver censurato la determinazione di -OMISSIS- che aveva valorizzato la delibera ANAC del 13-16 aprile 2021, sostenendo che *"...il sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità della P.A. non può essere condizionato da valutazioni dell'ANAC rese nell'ambito del procedimento di annotazione di una vicenda professionale nel Casellario Informatico ai sensi dell'art. 213, comma 10, del D.lgs. 50/2016"*;

- ha, quindi, sostenuto l'irrilevanza della delibera ANAC del 14 aprile 2021, avente ad oggetto la proposta di misura ex art. 92 d.l. n. 90/2014, in quanto assunta dal Presidente e non dal Consiglio dell'Autorità;

- ha, infine, aggiunto che l'annullamento dell'aggiudicazione, senza disporre la declaratoria di inefficacia dei contratti stipulati, non avrebbe arrecato alcuna utilità ad -OMISSIS-.

13.2 - Con la doglianza B6) -OMISSIS- ha ribadito la contraddittorietà della sentenza impugnata con la precedente sentenza n. 2573/2021, relativa al Lotto n. 2, alla quale si è già fatto cenno, precisando che anche l'orientamento ivi assunto – in base al quale essa sarebbe stata ritenuta affidabile - sarebbe stato seguito dallo stesso TAR Lombardia nelle sentenze n. 668/2022 e n. 845/2022.

13.3 - Con la censura B7) ha contestato, nel dettaglio, la tesi del TAR relativa all'inapplicabilità delle misure di *self cleaning* alla gara in questione; a questo proposito ha richiamato l'art. 57 della direttiva 24/2014/UE sostenendo che, secondo i principi dell'ordinamento euro-unitario, recepiti dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 16 del 2020, l'operatore economico deve essere sempre messo in condizione di dimostrare alla stazione appaltante di aver adottato misure sufficienti a provare la sua affidabilità ed integrità, garantendo, quindi, la regolare acquisizione del contratto e la sua corretta esecuzione.

13.3.1 - Ha pertanto dedotto che, limitando alle sole gare future la rilevanza delle misure di *self cleaning*, verrebbe ad affermarsi, per via pretoria, un principio contrario alla normativa unionale di esclusione automatica dalle gare in corso, precludendo alle stazioni appaltanti di valutare il contenuto e l'idoneità delle misure di *self cleaning* assunte dagli operatori colpiti da cause di esclusione.

13.3.2 - Ciò sarebbe incomprensibile se si considera che la facoltà di cui all'art. 80, comma 7, del codice degli appalti è riconosciuta pure per le cause di esclusione obbligatoria.

13.3.3 - Ha quindi richiamato, a sostegno di quanto dedotto, le sentenze della Corte di Giustizia UE del 19 gennaio 2021, causa C-387/19 e del 3 ottobre 2019, causa C-267/18, oltre ad altre decisioni della giurisprudenza nazionale sulla specifica questione.

13.4 - Infine, -OMISSIS-ha formulato anche istanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia UE, chiedendo di valutare “*se osta alla normativa euro-unitaria di riferimento, ed in particolare agli artt. 56, 57 e 58 della direttiva 2014/24/UE, oltrechè al principio del favor participationis nelle gare pubbliche, una prassi di uno Stato membro secondo cui non sia consentito agli operatori economici, astrattamente attinti da una causa di esclusione facoltativa intervenuta dopo la partecipazione alla procedura di gara, di dare prova dei provvedimenti di ravvedimento*”

*operoso e/o di self cleaning posti immediatamente in essere allo scopo di salvaguardare la partecipazione alla gara e/o l'aggiudicazione conseguita'.*

13.5 - È opportuno rilevare che anche -OMISSIS-, nella memoria di replica del 14 gennaio 2023, ha chiesto di disporre il rinvio pregiudiziale *ex art. 267*, comma 3, TFUE alla Corte di Giustizia formulando il seguente quesito “*se l'art. 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osti a una prassi del diritto di uno Stato membro secondo cui le misure di self cleaning possono avere rilievo solo per le gare future, e non rilevano per le procedure di gara nel corso delle quali siano state adottate*”.

13.6 - Con la doglianza B8) -OMISSIS- ha lamentato la violazione del diritto di difesa per avere il TAR motivato la propria decisione citando un precedente giurisprudenziale pubblicato dopo l'udienza pubblica di trattazione del ricorso.

13.7 - Infine, con la doglianza B9) -OMISSIS- ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata, per aver affermato che essa avrebbe violato l'obbligo dichiarativo di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*) (ora *c-bis*) del Codice.

14. - La Sezione ritiene di dover confermare l'orientamento già espresso nella precedente pronuncia n. -OMISSIS-, con alcune precisazioni ed integrazioni, tenuto conto delle argomentazioni spese dalle parti in questo giudizio, che investono anche l'interpretazione della normativa italiana alla luce dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, con conseguente richiesta di rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE alla Corte di Giustizia UE.

15. - Nella suddetta decisione n. -OMISSIS- la Sezione ha così statuito: “*va anzitutto osservato che questo Collegio ben conosce, e condivide, il consolidato principio giurisprudenziale in forza del quale le misure di self cleaning, adottate in presenza di un fatto suscettibile di rilevare quale grave illecito professionale, hanno efficacia pro futuro: non foss'altro perché il principio dell'irretroattività ha un fondamento logico, prima che giuridico. Esso va tuttavia applicato criticamente, con riferimento alle specifiche peculiarità del caso di specie: onde non incorrere in un fenomeno di eterogenesi dei fini dell'istituto di riferimento.*

*Il quale ha una finalità conservativa, e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato.*

*In questo senso, nel solco della consolidata giurisprudenza formatasi sul punto, la recente sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato n. 4362/2022 ha precisato – specificando il (e non derogando al) richiamato indirizzo - che i numerosissimi precedenti (quali quelli invocati da Co.Med. negli scritti difensivi) che contribuiscono a comporre tale filone giurisprudenziale “non vanno intesi nel senso che, valendo le misure di self cleaning per il futuro, esse sono del tutto prive di significato nell’ambito della gara iniziata prima della loro adozione, ma piuttosto che il giudizio di “sufficienza” delle misure adottate di cui è detto nella disposizione del Codice dei contratti pubblici consente da solo di prevenire l’esclusione dell’operatore economico quando l’emenda era già intervenuta prima della presentazione delle offerte. Tuttavia, l’adozione delle misure medesime in corso di procedura non è affatto un evento la cui valutazione sia preclusa alla stazione appaltante tamquam non esset. All’opposto, rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di self cleaning adottate in corso di procedura e di valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell’intervento riparatore) a garantire l’affidabilità dell’operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi?”.*

15.1 - La Sezione è poi passata a verificare “*la plausibilità in punto di valutazione dell’affidabilità del concorrente operata con riferimento a misure adottate in corso di gara*”.

Dopo aver richiamato la motivazione della determina n. -OMISSIS-, che rinvia alla nota del RUP del 7 giugno 2021 (in precedenza richiamata) ha sottolineato che:

*“11.5. In merito alla valutazione di adeguatezza (ai fini che si sono richiamati) del superiore percorso istruttorio e motivazionale dell’impugnato provvedimento di non esclusione, va qui rammentato che questa Sezione, nella recente sentenza n. 9002/2022, ha precisato – all’esito di una ricognizione degli orientamenti in materia - che il principio giurisprudenziale per cui in materia di grave illecito professionale la stazione appaltante deve motivare espressamente l’esclusione ma non anche l’ammissione alla (recte: la non esclusione dalla) gara del concorrente, non va inteso in modo assoluto ed acritico, posto che*

*sia la particolare rilevanza dell'illecito, che il suo essere stato dedotto in corso di gara (ed avere quindi costituito oggetto di dialettica endoprocedimentale), impongono un adeguato onere motivatorio anche nel caso in cui si ritengano non sussistenti i presupposti per l'esclusione.*

*Date le superiori premesse, ritiene il Collegio che la superiore motivazione, avuto riguardo ai sopra esposti principi in materia, appare sicuramente plausibile, esaustiva e fondata su di una corretta istruttoria; come tale, appare pienamente idonea a supportare un provvedimento di non esclusione dalla gara di un'impresa che, nel corso della stessa, si sia resa responsabile di vicende potenzialmente sintomatiche di una scarsa affidabilità professionale, e nel contempo abbia adottato misure organizzative funzionali ad una modifica dell'assetto aziendale tale da evitare che tali vicende potessero avere refluenza sulla futura (rispetto ad esse) affidabilità dell'impresa.*

*Si tenga peraltro presente, ad ulteriormente sottolineare la peculiarità della fattispecie dedotta, che la gara in questione è stata bandita nel 2017, e che è stata aggiudicata una prima volta nel 2019: come ricordato, a seguito della presentazione su tutti i lotti di gara di ricorsi giurisdizionali, e del doppio grado del giudizio relativo agli stessi, nel 2021 si è quindi proceduto alle nuove aggiudicazioni.*

*Si tratta di un arco temporale di circa un quadriennio, nel cui ambito le vicende che hanno interessato -OMISSIS- si collocano dopo la prima aggiudicazione: il che non ha evidentemente rilievo sul piano formale, alla luce del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, ma sul piano sostanziale richiede, più che in ogni altra fattispecie, un'applicazione non rigida ed acritica della formula giurisprudenziale della valenza pro futuro delle misure di self cleaning (come peraltro auspicato in generale dalla recente giurisprudenza che si è richiamata).*

*A ciò si aggiunga, ad ulteriormente connotare il caso di specie, che per un verso le vicende penali rilevanti consistevano, almeno al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, in provvedimenti adottati nell'ambito della fase delle indagini preliminari; e, per altro verso, che sulla idoneità delle successive misure di self cleaning si era già pronunciata, in senso favorevole, l'A.N.A.C.*

*La valutazione di quest'ultima certamente non sostituisce quella della stazione appaltante: -OMISSIS-, però, lungi dall'appiattirsi acriticamente su di essa, ha chiesto ulteriori chiarimenti a -OMISSIS- e all'esito ha ritenuto, a seguito di un percorso decisionale e motivatorio esente da profili di manifesta illogicità od irragionevolezza, che la struttura aziendale fosse, a quel momento, tale da garantire il committente pubblico sull'affidabilità professionale del concorrente privato, nonostante i fatti occorsi (questi ultimi, vagliati in autonomia e con adeguata istruttoria).*

*Ne consegue che la stazione appaltante nella vicenda ha fatto buon governo dello strumento conservativo prenegoziale, conforme ai relativi parametri normativi e garante della duplice esigenza di stipulare con un operatore economico affidabile, e di stipulare alle migliori condizioni (quali risultanti dall'esito della gara): in tale, complessa valutazione compendiandosi la dialettica che l'amministrazione è tenuta a considerare in simili fattispecie, a tutela di entrambi i descritti interessi che vengono in considerazione nella sfera del committente pubblico”.*

16. - Il Collegio condivide quanto già affermato dalla Sezione nella sentenza n. 9782/2022 e, dunque, non ritiene di doversi discostare da quanto già ritenuto in relazione al Lotto n. 2, in merito alla legittimità del provvedimento di -OMISSIS-oggetto di impugnazione (determinazione n. -OMISSIS-).

Ritiene quindi di dover svolgere solo alcune considerazioni in merito a specifiche doglianze proposte nel presente contenzioso.

17. - Occorre partire dalla questione della rilevanza o meno, nella gara in questione, delle misure di *self cleaning*, assunte da -OMISSIS-in corso di gara, per fatti astrattamente valutabili come gravi errori professionali, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, occorsi dopo la presentazione delle offerte e prima dell'aggiudicazione.

17.1 - Nella sentenza n. 9782/2022 la Sezione ha già affrontato tale problematica, sottolineando innanzitutto la specificità della fattispecie in esame, caratterizzata dalla particolare lunghezza della procedura, a causa dei vari contenziosi instaurati; la Sezione ha fornito un'interpretazione dell'efficacia *pro futuro* delle misure di *self cleaning* differente da quella seguita



dal TAR, secondo cui tali misure sarebbero rilevanti solo per la partecipazione a gare indette successivamente alla loro adozione, e sarebbero, quindi, inapplicabili nel caso di specie, in quanto successive alla data di presentazione dell'offerta.

Nella sentenza relativa al Lotto n. 2 sopra citata, infatti, la Sezione ha sostenuto la loro applicabilità alla gara ancora pendente, così come affermato nelle precedenti sentenze della Sezione Quinta di questo Consiglio di Stato n. 4362/2022 e n. 4363/2022.

17.2 - Secondo tali decisioni, occorre distinguere le misure assunte prima della presentazione delle offerte e quelle intervenute nel corso del procedimento di gara: le prime consentono da sole all'operatore economico di prevenire l'esclusione; quanto alle seconde, invece, la Quinta Sezione ha ritenuto che *“l'adozione delle misure medesime in corso di procedura non è affatto un evento la cui valutazione sia preclusa alla stazione appaltante tamquam non esset. All'opposto, rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di self cleaning adottate in corso di procedura e di valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell'intervento riparatore) a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi”*.

17.3 - Tali misure, quindi, contrariamente a quanto sostenuto dal TAR (che, a sua volta, ha richiamato un orientamento della giurisprudenza assai diffuso, fondato sul principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107; Cons. Stato Sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198), devono essere esaminate dalla stazione appaltante prima di assumere ogni determinazione diretta ad accertare, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'attuale integrità ed affidabilità dell'operatore economico nei confronti del quale si siano verificati fatti astrattamente riconducibili a gravi errori professionali passibili di esclusione facoltativa, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016.

17.4 - È opportuno sottolineare, infatti, che pur in presenza di cause di esclusione obbligatorie, l'art. 80, comma 7, del codice dei contratti consente

all'operatore economico di provare di *“aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

17.5 - Tale interpretazione è conforme alla *ratio* dell'istituto del ravvedimento operoso, di cui all'art. 80, comma 7, del codice dei contratti, che ha *“finalità conservativa e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato”* (cfr. sentenza n. 9782/2022); l'interpretazione contraria, seguita dal TAR darebbe origine ad *“un fenomeno di eterogenesi dei fini dell'istituto”* (cfr. sentenza sopra citata).

18. - Tale interpretazione risulta peraltro conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

La giurisprudenza nazionale più recente (cfr. CGA, 13 luglio 2022, n. 829), facendo applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere *“in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione”* (cfr. § 29 della sentenza).

18.1 - L'art. 57, comma 6, della Direttiva 24/2014/UE prevede, infatti, che *“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

18.2 - Il considerando 102 della suddetta direttiva prevede poi che *«(...) è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure*

*potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato».*

18.3 - L'art. 80, comma 7, del Codice prevede che *“Un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

18.4 - Il comma 8 della suddetta disposizione dispone che *“Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico”*: pertanto, il legislatore nazionale ha rimesso alla stazione appaltante la valutazione discrezionale sulle misure di cui al comma 7.

19. - La Corte di Giustizia, con la sentenza C-387/19 del 14 gennaio 2021, si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 57, comma 6, della direttiva

2014/24, ritenendolo “*immediatamente applicabile*”.

Per migliore comprensione della questione vengono richiamati alcuni punti della motivazione della predetta decisione:

“26 *A tal riguardo, in primo luogo, occorre ricordare che, in forza dell’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, un operatore economico che sia interessato, in particolare, da uno dei motivi di esclusione facoltativi di cui all’articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, fermo restando che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d’appalto per un siffatto motivo. Tale disposizione introduce, dunque, un meccanismo di provvedimenti di ravvedimento operoso (self-cleaning) conferendo al riguardo un diritto agli operatori economici che gli Stati membri devono garantire al momento della trasposizione di tale direttiva, nel rispetto delle condizioni stabilite da quest’ultima [v., per analogia, per quanto riguarda l’articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), che è equivalente all’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, sentenza dell’11 giugno 2020, Vert Marine, C472/19, EU:C:2020:468, punti 16 e 17]”.*

La Corte ha poi precisato che (§ 27) “*né il tenore letterale dell’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 né il considerando 102 di tale direttiva precisano in che modo o in quale fase della procedura d’appalto possa essere fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso.*

28 *In tali circostanze, si deve constatare che, alla luce del solo tenore letterale dell’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, la possibilità lasciata agli operatori economici di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati può essere esercitata su iniziativa di questi ultimi o su iniziativa dell’amministrazione aggiudicatrice, così come può essere esercitata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell’offerta o in una fase successiva della procedura.*

29 *Tale interpretazione è suffragata dall’obiettivo perseguito dall’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. Infatti, prevedendo che un operatore economico debba fornire la*

*prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, tale disposizione mira a sottolineare l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico nonché a garantire una valutazione obiettiva degli operatori economici e ad assicurare una concorrenza effettiva (v., per analogia, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C472/19, EU:C:2020:468, punto 22). Orbene, tale obiettivo può essere raggiunto qualora sia fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione, essendo essenziale che l'operatore economico abbia la possibilità di far valere e far esaminare i provvedimenti che, a suo avviso, consentono di rimediare a un motivo di esclusione che lo riguarda.*

*30 Orbene, nell'ambito del margine di discrezionalità di cui dispongono nella determinazione delle modalità procedurali di cui all'articolo 57, paragrafo 6, di detta direttiva (v., per analogia, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C472/19, EU:C:2020:468, punto 23), gli Stati membri possono prevedere che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso debba essere fornita spontaneamente dall'operatore economico interessato al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, così come essi possono anche prevedere che tale prova possa essere fornita dopo che detto operatore economico sia stato formalmente invitato a farlo dall'amministrazione aggiudicatrice in una fase successiva della procedura. [...].*

*33 Dall'interpretazione letterale, teleologica e sistematica dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, quale risulta dai punti da 27 a 30 della presente sentenza, emerge che tale disposizione non osta né a che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso sia fornita dall'operatore economico interessato di propria iniziativa o su espressa richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice né a che essa lo sia al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta o in una fase successiva della procedura d'appalto.*

*34 In secondo luogo, occorre precisare che, come risulta dall'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri sono tenuti, quando stabiliscono le condizioni di applicazione di tale articolo 57, a rispettare il diritto dell'Unione. In particolare, essi devono osservare non solo i principi per l'aggiudicazione degli appalti enunciati all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di*

*trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, ma anche il principio del rispetto dei diritti della difesa, il quale, in quanto principio fondamentale del diritto dell'Unione, di cui il diritto di essere ascoltato in qualsiasi procedimento costituisce parte integrante, trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, come una decisione di esclusione adottata nell'ambito di una procedura d'appalto (sentenza del 20 dicembre 2017, Prequ' Italia, C276/16, EU:C:2017:1010, punti 45 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata)".*

20. - Ritiene il Collegio che dalla suddetta sentenza si evinca il principio, già affermato da questo Consiglio di Stato nelle decisioni prima richiamate, secondo cui la direttiva 24/2014/UE non impedisce la valutazione delle misure di *self-cleaning* assunte in corso di gara, relative a fatti insorti dopo la presentazione dell'offerta, come nel caso di specie.

Del resto, tali principi si rinvengono anche in altre decisioni, come quella assunta dal C.G.A.R.S in data 2 gennaio 2022, n. 32, con la quale è stata ritenuta illegittima la decisione del TAR per non aver riconosciuto all'operatore economico, in violazione dei principi di proporzionalità e non discriminazione, di poter usufruire, anche nell'interesse della stazione appaltante, di quelle misure riparatorie o di *self cleaning*, di cui al paragrafo sesto dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE.

21. - Va anche sottolineato che la decisione assunta da questa Sezione con la citata sentenza relativa al Lotto n. 2 della medesima gara, si pone in linea con i principi costantemente espressi dalla Corte di Giustizia UE (cfr. *ex plurimis*, sentenze del 3 giugno 2021, causa C 210/20, e del 30 gennaio 2020, causa C 395/18) secondo cui deve ritenersi incompatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che consenta l'esclusione automatica dell'operatore economico dalla gara, precludendo, da un lato a quest'ultimo di poter dedurre in merito e, dall'altro, all'amministrazione procedente di valutare discrezionalmente gli elementi della fattispecie.

Del resto tale principio viene riaffermato, implicitamente, anche nella sentenza del 14 gennaio 2021, causa C- 387/19, al paragrafo 34; tale principio

è stato condiviso anche dall'Adunanza plenaria n. 16/2020.

21. - Ne consegue che la tesi della inapplicabilità delle misure di *self-cleaning* alle gare in corso, di origine pretoria (come correttamente sostenuto da - OMISSIS-), in quanto non prevista né nella direttiva appalti, e neppure nel codice dei contratti, che preclude alle stazioni appaltanti di valutare il contenuto e l'idoneità delle misure di ravvedimento operoso assunte dagli operatori partecipanti ad una gara, al fine di eliminare qualsiasi dubbio sulla propria affidabilità, ingenerato da vicende penali pregresse, verificatesi tra la data di presentazione dell'offerta e quella di aggiudicazione, si pone in contrasto con i principi del diritto unionale relativi al diritto al contraddittorio, al principio di proporzionalità e del *favor participationis* e, quindi, in definitiva al principio di concorrenza.

22. - Da ultimo va rilevato che anche lo schema del nuovo codice dei contratti riconosce l'operatività del *self cleaning* anche per le gare in corso.

Nella relazione di accompagnamento al codice è stato precisato che *“I commi da 2 a 6 [dell'art. 96 n.d.r.] prevedono la 'nuova' versione allargata del self cleaning aderente alla direttiva 24/2014/UE [...] Alla luce della modifica introdotta, il self cleaning può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione delle offerte”*; tale disposizione – nella bozza definitiva – prevede infatti all'art. 96, comma 6, che *“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto”*.

23. - Tanto premesso ritiene il Collegio che non sussistano i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE: secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, infatti, se la questione investe una disposizione di diritto dell'Unione che è stata già oggetto di interpretazione da parte della Corte, non sussiste l'obbligo per il giudice nazionale di ultima

istanza di disporre il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* (cfr. Corte di Giustizia, UE sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-561/19).

Nel caso di specie, la corretta interpretazione dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE si rinviene nella recente sentenza della Corte di Giustizia, più volte richiamata, del 14 gennaio 2021, causa C-387/19, sicché non ricorrono i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, tanto più che la questione da sottoporre riguarda una "prassi" nazionale, come evidenziato da ambedue le parti che hanno formulato la richiesta di rinvio pregiudiziale.

24. - Devono ora svolgersi alcune considerazioni sul giudizio di affidabilità reso dalla stazione appaltante.

Come già anticipato, questa Sezione si è già pronunciata sullo specifico punto, sicché la Sezione potrebbe limitarsi a richiamare le precedenti considerazioni svolte nella sentenza n. 9782/22.

È comunque opportuno ribadire che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, la valutazione circa la ricorrenza delle cause facoltative di esclusione dalle gare pubbliche, ivi compresa quella prevista dall'art. 80, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, rientra nell'ambito della ampia discrezionalità della P.A. ed è sindacabile solo in caso di manifesta pretestuosità e ai soli fini di un eventuale riesame da parte della stessa P.A. (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, A.P. n. 16/2020; Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8864; Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1248; id. n. 505/2021; Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 5967).

Come ha correttamente rilevato l'appellante incidentale, il giudice amministrativo si deve limitare a valutare *ab externo* la non manifesta pretestuosità della motivazione adottata dalla stazione appaltante, in ordine alla mancata ricorrenza delle ipotesi previste dal codice degli appalti per disporre l'esclusione facoltativa; occorre ribadire, infatti, che "*la valutazione della presenza di circostanze idonee a ingenerare il dubbio che, al di là delle cause tipiche di esclusione, il concorrente sia reso responsabile di un grave illecito professionale, è rimessa*



*alla valutazione dell'Amministrazione e la ricorrenza di indagini penali non necessariamente comporta la necessità di dover dare rilievo alla vicenda nei termini di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016" (CGARS n. 32/2022).*

25. - Nel caso di specie, invece, il TAR dopo aver ritenuto meramente "apparente" la motivazione del RUP, recepita dalla stazione appaltante, non ha neppure ordinato il riesame del provvedimento annullato decretando, direttamente, l'annullamento dell'aggiudicazione.

Ne consegue l'accoglimento delle censure proposte con l'appello incidentale sopra esaminate unitariamente, stante la loro connessione.

26. - Resta da esaminare l'ultimo motivo dell'appello incidentale relativo alla omissione di informazioni da parte di -OMISSIS-: il capo di sentenza che ha ritenuto sussistente l'omissione dichiarativa non può essere condiviso atteso che, dalla lettura della proposta di aggiudicazione del RUP del 7 giugno 2021 emerge in modo chiaro il rispetto degli obblighi informativi da parte dell'appellante incidentale.

Va quindi accolto anche questo motivo dell'appello incidentale di -OMISSIS-.

27. - Seguendo l'ordine di trattazione prima tratteggiato, occorre ora esaminare il terzo motivo del ricorso principale di primo grado di -OMISSIS-, riproposto come terzo motivo dell'appello principale, relativo alla violazione del patto di integrità.

Sul punto devono richiamarsi i principi espressi dalla Sezione nella sentenza n. 9782/22 secondo cui *"il patto di integrità nella fase (non dell'esecuzione, ma) della scelta del contraente ha inevitabilmente il significato normativo non di porre nuovi o diversi obblighi, ma di rafforzare convenzionalmente quelli discendenti dalla normativa primaria e secondaria e dalla legge di gara (Consiglio di Stato, sentenza n. 6458/2020), ne consegue che a tali obblighi, rispetto al medesimo fatto, non possono essere ricondotti contenuti diversi in funzione della diversa fonte (concorrente) che li pone.*

*Nel caso di specie si è escluso che le vicende occorse all'appellata consentano di affermare che la stessa abbia violato il codice dei contratti pubblici o la legge di gara, e che la stazione appaltante dovesse o potesse escluderla (rectius: che la non esclusione della sua offerta sia*

*affetta dai vizi dedotti nel ricorso incidentale di primo grado, e parzialmente riproposti con l'appello principale): in ragione della riferita ricostruzione sistematica deve ritenersi, conseguentemente, che – riferendo la violazione del patto di integrità alla gara di cui si discute - essa non sia venuta meno neppure agli obblighi assunti con il patto di integrità (in ragione dell'affermata – anche dall'appellante – sovrapposibilità dei precetti).*

*Va infatti rimarcato che gli obblighi posti da tale patto rappresentano un'“anticipazione della soglia di tutela” al “pericolo di lesione”: ma pur sempre secondo i “generalisti canoni dell'agire pubblico e alla disciplina dei contratti pubblici” (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 32/2022).*

*In tale articolata ricostruzione si precisa poi che l'accertamento delle violazioni che ledano il patto “presuppone comunque l'afferenza delle medesime alla gara de quo”; ed ulteriormente si sottolinea l'esigenza che l'operatore economico non resti privo “della possibilità, correlata al rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, di usufruire, anche nell'interesse della stazione appaltante, di quelle misure riparatorie o di self-cleaning, di cui al paragrafo sesto del medesimo art. 57 della direttiva” 2014/24/UE.*

*Ne consegue che, in una fattispecie quale quella oggetto del presente giudizio, non può tollerarsi (pena, peraltro, la frustrazione dello stesso interesse della stazione appaltante) la ridondanza di una violazione in tesi puramente formale, priva dell'attributo dell'offensività (anche sotto il profilo della messa in pericolo) rispetto all'interesse portato dal committente pubblico (sempre avuto riguardo alla violazione riferita alla gara de quo): o addirittura della quale si è accertata l'inoffensività, rispetto all'interesse dell'altro contraente, in ragione della idoneità delle misure di self cleaning.*

*12.4. La censura in esame è poi infondata anche in punto di fatto.*

*Si consideri infatti – calando i superiori principi nella fattispecie delimitata dal contenuto della censura in esame - che, nello specifico, il motivo di appello in esame addebita all'appellata una violazione asseritamente consistita, in fase di gara, nell'inadempimento del “dovere di segnalazione e valutazione”: il che non trova riscontro sul piano fattuale, posto che – come si è già ricostruito – --OMISSIS-- ha adempiuto al dovere informativo relativo alle proprie vicende sia spontaneamente, sia su successiva sollecitazione del r.u.p. in merito all'ulteriore approfondimento ritenuto necessario”.*

Ne consegue che tale censura va respinta.

28. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello incidentale va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado proposto da -OMISSIS-; di conseguenza va dichiarato in parte improcedibile ed in parte va respinto l'appello principale di -OMISSIS-; vanno dichiarati improcedibili i motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-*ex* art. 104, comma 3, c.p.a.

29. - Tenuto conto della complessità delle questioni trattate e degli esiti alterni dei giudizi di primo e di secondo grado, sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- accoglie l'appello incidentale proposto da -OMISSIS-e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado proposto da -OMISSIS-;
- dichiara in parte improcedibile ed in parte respinge l'appello principale di -OMISSIS-;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-*ex* art. 104, comma 3, c.p.a.

Compensa tra le parti le spese relative al doppio grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti appellante principale ed appellante incidentale  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefania Santoleri**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

**IL SEGRETARIO**

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