

Publicato il 10/01/2022

N. 00166/2022REG.PROV.COLL.
N. 01610/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1610 del 2021, proposto da Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. S.a.s. (T.F.C. S.a.s.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Ceci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Rosa Suraci in Roma, piazza Martiri di Belfiore n. 4;

contro

Comune di Pistoia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Natalia Princi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Copit S.p.A. e Consorzio Noleggiatori Pistoiesi Società Consortile Cooperativa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Grazzini, Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana

(Sezione Prima) n. 01755/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pistoia, di Copit S.p.A. e del Consorzio Noleggiatori Pistoiesi Società Consortile Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti da parte degli Avvocati Ceci, Princi, Grazzini e Iaria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha respinto il ricorso proposto dalla società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. s.a.s. (T.F.C. s.a.s.) contro il Comune di Pistoia e nei confronti della società Copit s.p.a. e del Consorzio Noleggiatori Pistoiesi soc. consortile coop., per l'annullamento della determina di esclusione della ricorrente e di aggiudicazione al r.t.i. costituito da queste ultime società della *“procedura di gara aperta per l'appalto della gestione del servizio di trasporto scolastico per le scuole dell'infanzia comunali e statali e per le scuole primarie, di accompagnamento e sorveglianza alunni sugli scuolabus, ed eventuali servizi per attività collaterali – anni scolastici 2020/2023”* indetta dal Comune di Pistoia.

1.1. L'esclusione è stata motivata con la mancata dichiarazione di una precedente esclusione disposta nei confronti della stessa società da parte del Comune dell'Aquila per grave illecito professionale e della revoca dell'affidamento del servizio deliberata dal Comune di Prossedi e, ancora, con la rilevanza, ritenuta dalla stazione appaltante, delle risoluzioni contrattuali

disposte dal Comune di Tortoreto e dal Comune di Silvi Marina (dichiarate in sede di gara).

1.2. La sentenza – respinta la censura concernente il vizio formale del provvedimento di esclusione per la mancanza di intestazione e di sottoscrizione della Relazione Allegato “C” della determina impugnata n. 1197 del 16 luglio 2020 – ha ritenuto infondate le censure secondo cui l’esclusione del Comune dell’Aquila non avrebbe formato oggetto di obbligo informativo in quanto non iscritta nel casellario dell’ANAC e secondo cui il riferimento alla precedente esclusione avrebbe dato luogo al fenomeno delle esclusioni “a strascico”, innescando così un meccanismo a catena censurato in alcuni pronunciamenti del giudice amministrativo.

Quanto alla prima, il tribunale ha valorizzato la previsione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c bis), del d.lgs. n. 50 del 2016 come *“norma di chiusura che impone agli operatori economici di dichiarare tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali anche non costituenti cause tipizzate di esclusione la cui rilevanza deve essere apprezzata caso per caso dalla Stazione appaltante (e non a priori dall’Anac)”*.

Quanto alla seconda, il tribunale ha escluso il denunciato meccanismo a catena ogniqualvolta, come accaduto nel caso di specie, le vicende pregresse poste a base di un provvedimento di esclusione costituiscano per la stazione appaltante *“non automatiche cause derivate di esclusione ma mere fonti informative sul percorso professionale del concorrente che essa può e deve automaticamente vagliare per saggiarne la affidabilità”*.

1.2.1. Il Tribunale amministrativo regionale ha infine respinto le censure attinenti al profilo sostanziale della rilevanza dell’esclusione disposta dal Comune dell’Aquila, nonché della vicenda intercorsa tra la società ricorrente e il Comune di Prossedi. In particolare, ha ritenuto che l’apprezzamento della rilevanza dell’omissione dell’obbligo dichiarativo da parte della stazione appaltante aveva comportato un *“giudizio di natura discrezionale in ordine al fatto se le informazioni non rese avrebbero potuto astrattamente incidere sulla ammissione del concorrente”* e nella specie non era censurabile l’affermazione del Comune di

Pistoia secondo cui l'atto di esclusione del Comune dell'Aquila, così come le vicende in esso riportate, avevano tale rilevanza *“anche alla luce della ampiezza degli obblighi informativi previsti dalla lex specialis”*.

1.3. Respinto il ricorso, la società ricorrente è stata condannata al pagamento delle spese di lite, in favore di ciascuna delle altre parti.

2. Avverso la sentenza la società T.F.C. ha proposto appello con cinque motivi.

2.1. Il Comune di Pistoia, nonché la società Copit ed il consorzio CNP si sono costituiti per resistere all'appello; i secondi hanno riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., eccezioni di inammissibilità del ricorso assorbite in primo grado.

2.2. All'udienza pubblica del 18 novembre 2021 la causa è stata assegnata a sentenza, senza discussione, previo deposito di memorie di tutte le parti e di repliche degli appellati.

Il Collegio si è riconvocato in data 16 dicembre 2021.

3. Va premesso che il provvedimento di esclusione della T.F.C. e di contestuale aggiudicazione al r.t.i. Copit - CNP, oggetto di impugnazione, rinvia alla *“relazione della S.U.A. di cui all'All.C parte integrante e sostanziale della presente determina, inviata in data 15.07.2020 al Rup, che il sottoscritto Rup acquisisce e fa propria, quale motivazione del presente provvedimento in ordine alle ragioni della esclusione dalla procedura di gara della Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Vincenzina & C. s.a.s., società in accomandita semplice”*.

Perciò a fondamento dell'esclusione della società prima graduata sono state poste le motivazioni risultanti dalla relazione.

Quest'ultima, nelle parti in cui rileva ai fini della decisione, presenta il seguente contenuto:

- per un verso, dà atto che nel DGUE la società ricorrente ha dichiarato le risoluzioni contrattuali disposte, rispettivamente, dal Comune di Silvi Marina (ancora *sub iudice*) e dal Comune di Francavilla, nonché l'esclusione disposta dal Comune di Montecompatri e quella disposta dal Comune di Torre

Cajetani (poi annullata dal Tar Lazio – sezione di Latina) ed, ancora, la risoluzione disposta dal Comune di Tortoreto (con giudizio pendente in primo grado); dà inoltre atto che, al momento della partecipazione alla gara, al casellario dell'Anac erano annotate la risoluzione del Comune di Silvi Marina e l'esclusione del Comune di Monte Compatri; soltanto successivamente, in corso di procedura, è stata annotata la risoluzione del Comune di Tortoreto;

- per altro verso, imputa alla società di non avere dichiarato l'esclusione disposta dal Comune dell'Aquila per illecito professionale *“confermata in appello con sentenza del Consiglio di Stato n. 7056/2018, passata in giudicato, di cui questo Ente ... è venuto a conoscenza in modo del tutto autonomo e casuale, al termine dell'espletamento della gara in oggetto”*.

3.1. L'omissione dichiarativa è indicata nella relazione come riguardante *“la sentenza (n.d.r.: vale a dire la decisione n. 7056/2018 del Consiglio di Stato) e l'esclusione del Comune de L'Aquila”* ed è valutata rilevante perché se la dichiarazione fosse stata resa avrebbe consentito alla stazione appaltante di tenere conto degli episodi *“ivi considerati (esclusione del Comune di Silvi)”*, che avrebbero *“assunto in sentenza n. 7056/2018, in punto di narrazione dei fatti incidenti sull'affidabilità professionale, una connotazione sconosciuta a questa amministrazione ma rilevante e pregevole”*.

3.2. Il provvedimento di esclusione risulta perciò fondato sia sull'omissione dichiarativa (punto 1 della relazione, intitolato *“Omessa e incompleta dichiarazione”*) in sé considerata rilevante (punto 1A della relazione, intitolato *“Tesi formale”*), sia sul sostanziale *“apprezzamento dei fatti taciuti”*, in particolare in ordine alla *“proposta di risoluzione contrattuale operata dal Comune di Prossedi, con delibere del Consiglio Comunale n. 20 del 24 luglio 2017 e di Giunta comunale n. 44/2017 [...]”* (punto 1B della relazione, intitolato *“Tesi sostanziale”*).

3.3. Replicando, poi, alle osservazioni della società, la relazione si sofferma, oltre che sulla rilevanza della vicenda concernente il Comune di Prossedi e della risoluzione disposta dal Comune di Silvi Marina, sulla risoluzione

disposta dal Comune di Tortoreto (punto n. 2 della relazione, intitolato “*Esclusione risultante dal Casellario Anac*”).

3.4. Nella parte conclusiva della relazione è infine specificato che l’esclusione dell’operatore economico è disposta “*per due ordini di motivi meglio esposti al punto 1, sub 1A) e sub 1B), nonché al punto 2)*”.

Il provvedimento impugnato è quindi, anche esplicitamente, plurimotivato, essendo fondato su più ragioni, ciascuna autonomamente idonea a supportare la decisione di esclusione dell’operatore economico ricorrente.

4. Col primo motivo di gravame (*Errores in iudicando in relazione al primo motivo del ricorso in primo grado – Violazione di legge: art. 21 septies della legge n. 241/90*) l’appellante ripropone il motivo di ricorso concernente il difetto di forma della Relazione Allegato “C” della determina impugnata n. 1197 del 16 luglio 2020, che renderebbe nulla quest’ultima ai sensi dell’art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 per mancanza di sottoscrizione e di “*ogni altra formalità identificativa*”.

4.2. Il motivo è infondato.

Va confermata la motivazione di rigetto del primo grado, basata sulla regolarità formale del provvedimento di esclusione di cui alla citata determina, munita di intestazione e sottoscrizione.

Va ribadito che, pur essendo la Relazione Allegato “C” priva invece di intestazione e di sottoscrizione, essa - la cui provenienza dall’ufficio Stazione Unica Appaltante è però attestata dal dirigente dell’Ufficio Scolastico comunale, autore del provvedimento - non vizia la determina impugnata, in quanto questa ne ha fatto proprio il contenuto e, motivando *per relationem*, ne ha fatto confluire la motivazione nel provvedimento conclusivo, del quale, per espressa previsione, costituisce “*parte integrante e sostanziale*”.

4.3. Va ribadito anche il principio giurisprudenziale espresso dalla sentenza richiamata dall’appellante (secondo cui “*Ai fini della legittimità della motivazione per relationem si richiede che l’atto richiamato sia espressamente indicato e che lo stesso venga reso disponibile*”: Cons. Stato, II, 4 agosto 2020, n. 4917).

Nel caso di specie la Relazione Allegato “C” è stata resa disponibile alla ricorrente, mentre la mancata indicazione dell’ufficio e del funzionario che l’hanno redatta è priva di significato una volta che la responsabilità del suo contenuto sia stata interamente assunta dall’autore del provvedimento di esclusione.

4.3.1. L’assunto della ricorrente che l’Allegato C non sarebbe stato comunicato insieme alla determina di esclusione è contestato dalle controparti.

Comunque trattasi di circostanza di fatto irrilevante, dal momento che è incontestato che esso sia stato trasmesso a T.F.C. a seguito di accesso agli atti.

In proposito va ribadito che non sussiste per la pubblica amministrazione l’obbligo di notificare all’interessato tutti gli atti richiamati nel provvedimento, ma soltanto di indicarne gli estremi e di garantire la possibilità di prenderne visione e di richiederne ed ottenerne copia in base alla normativa sull’accesso ai documenti amministrativi (cfr., tra le altre, Cons. Stato, II, 10 agosto 2020, n. 4985).

4.4. Il primo motivo di appello va quindi respinto.

5. Vanno esaminati congiuntamente i motivi secondo e terzo, concernenti, nel merito, le ragioni dell’esclusione della ricorrente.

5.1. Con secondo mezzo (*Erroris in iudicando in relazione al primo motivo del ricorso in primo grado – violazione di legge (art. 80 del d.lgs. n. 50/2016) – violazione delle Linee Guida Anac n. 6, dell’art. 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE e del principio del contraddittorio*) l’appellante deduce che non aveva alcun obbligo dichiarativo relativamente all’esclusione comminata dal Comune dell’Aquila, sia perché non iscritta nel casellario Anac (ma anzi giudicata dall’Autorità inidonea a concretizzare un’ipotesi di grave errore professionale e di ciò avrebbero dovuto tenere conto l’amministrazione nel provvedimento di esclusione ed il primo giudice nel valutarne la completezza della motivazione) sia perché si fonda sui medesimi precedenti dichiarati in sede di gara dalla

ricorrente, ad eccezione della vicenda contrattuale intercorsa col Comune di Prossedi.

Quest'ultima, però, non sarebbe stata oggetto di obbligo dichiarativo in quanto non conclusa con un provvedimento di risoluzione contrattuale, bensì con la naturale scadenza del contratto (come da nota prot. n. 3011 del 14 agosto 2019, successiva alla sentenza del Consiglio di Stato n. 7056/2018).

In sintesi, l'esclusione disposta dal Comune di Pistoia sarebbe, ad avviso dell'appellante, un'esclusione "fotocopia" in palese violazione delle ragioni che impongono alla stazione appaltante di valutare autonomamente l'affidabilità di un concorrente nel rispetto del principio di proporzionalità e massima partecipazione alle gare pubbliche e sarebbe perciò espressione del fenomeno delle c.d. "esclusioni a strascico" stigmatizzato dal giudice amministrativo.

5.2. Col terzo mezzo (*Erroris in procedendo e judicando in relazione al primo motivo del ricorso in primo grado. Violazione di legge – art. 80 del d.lgs. n. 50/2016*) l'appellante, riproponendo censure assorbite in primo grado, evidenzia:

- quanto al precedente del Comune di Silvi, che: questo è solo marginalmente fondante il provvedimento di esclusione; è tuttora *sub iudice* e la contestazione sarebbe basata su una sanzione al codice della strada, successivamente annullata in sede giudiziale; comunque si tratta di vicenda risolutiva del 2014, quindi ultra triennale;

- quanto al precedente del Comune di Tortoreto, che: parimenti è tuttora *sub iudice*; l'iscrizione al casellario dell'ANAC è successiva alla partecipazione alla gara e reca la precisazione che "*non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche*"; a fronte dei medesimi fatti, diverse altre stazioni appaltanti hanno formulato giudizio di affidabilità della T.F.C.; non potrebbe essere di ostacolo l'art. 80, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, se correttamente interpretato; i rilievi opposti dal Comune di Tortoreto sono puntualmente contestati in giudizio, insussistenti in fatto ovvero inidonei a sorreggere da soli un giudizio di inaffidabilità di un'azienda del settore, tuttora

operante nei confronti di molte (circa 70) altre stazioni appaltanti sull'intero territorio nazionale.

5.3. I motivi non meritano, nel complesso, favorevole apprezzamento e la sentenza di rigetto del ricorso va confermata, con le precisazioni di cui appresso.

6. Per quanto riguarda l'obbligo dichiarativo e la relativa violazione, è noto il dibattito giurisprudenziale sull'interpretazione da dare alla disposizione dell'art. 80, comma 5, lett. c), oggi c-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede quale causa di esclusione l'averne *“fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”* ovvero l'averne *“omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

Da una parte della giurisprudenza si è 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) e c-bis) 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).

Tuttavia rispetto a questo orientamento giurisprudenziale è prevalso quello che ha ritenuto incondizionatamente doverosa la dichiarazione di episodi risolutivi di precedenti rapporti contrattuali, ancorché *sub indice*, nonché la dichiarazione di condotte a rilevanza penale, che, pur non sfociate nell'adozione di provvedimenti di condanna definitivi, fossero 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 in prevalenza attribuita alla disposizione in esame il significato - ritenuto del primo giudice - 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).

La sentenza di questo Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 28 agosto 2020, n. 16 ha dato atto di tale giurisprudenza maggioritaria (espressa anche dalle sentenze di 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, richiamate in motivazione) ma ha precisato 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>>* e - per quanto rileva ai fini della presente decisione - ha demandato alla stazione appaltante di stabilire, nel caso concreto, se l'operatore economico *<<ha omissso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità>>*.

6.1. In linea con un'interpretazione degli obblighi dichiarativi che siano effettivamente funzionali all'espressione del giudizio di integrità ed affidabilità del concorrente, riservato alla stazione appaltante, è poi la giurisprudenza, richiamata dall'appellante, che ritiene che non siano oggetto di obbligo dichiarativo le esclusioni subite.

Tale giurisprudenza, pur non univoca (essendo stata smentita da precedenti contrari, espressione di un indirizzo più rigoroso) va tuttavia confermata.

Si intende in particolare ribadire che non è oggetto di obbligo dichiarativo il provvedimento di esclusione da una determinata procedura di gara, in sé considerato, nelle seguenti situazioni:

- quando l'esclusione è stata determinata dalla mancanza dei *requisiti generali* di partecipazione riferiti specificamente ad una gara precedente, tali cioè che il relativo accertamento non possa essere assunto come genericamente

sintomatico dell'inaffidabilità del concorrente perché deve essere ripetuto nella gara *de qua* (come nel caso della mancanza del requisito di regolarità fiscale o contributiva che è causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: così nelle sentenze Cons. Stato, V, 27 settembre 2019, n. 6490 e Cons. Stato, V, 28 dicembre 2020, n. 8406) ovvero quando l'esclusione è stata disposta per mancanza dei *requisiti speciali* di idoneità e capacità professionali rilevanti soltanto in vista di un determinato affidamento, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 (come nel caso della mancanza del requisito del fatturato minimo annuo ovvero del pregresso svolgimento di servizi analoghi);

- quando l'esclusione è stata disposta per avere dichiarato circostanze non veritiere o reso dichiarazioni incomplete poiché gli effetti del mendacio e della reticenza di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, rilevano soltanto nell'ambito di una determinata procedura di selezione, a meno che il primo non abbia dato luogo ad iscrizione nel casellario informatico dell'Anac ex art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, III, 3 febbraio 2021, n. 1000, nonché la già citata sentenza n. 6490/2019, che richiama i principi espressi *in subiecta materia* dalla giurisprudenza di cui a Cons. di Stato, V, 26 luglio 2018, n. 4594; id. V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 24 gennaio 2019, n. 597); a tali fattispecie è riferito il fenomeno, stigmatizzato da una parte della giurisprudenza, delle c.d. esclusioni a strascico, che si determina se l'esclusione disposta per il solo fatto della dichiarazione omessa o incompleta sia ritenuta, in sé, indice di inaffidabilità dello stesso operatore economico in altra procedura di gara; si tratta di fenomeno che, pur insistentemente richiamato dall'appellante, è invece estraneo alla vicenda oggetto del presente contenzioso, sia perché il fatto addebitato alla T.F.C. non consiste nella dichiarazione falsa o reticente in altra procedura di gara sia perché – come evidenziato in sentenza – il Comune di

Pistoia ha valutato i fatti di inadempimento che hanno comportato le precedenti risoluzioni contrattuali;

- quando l'esclusione è stata disposta in conseguenza dell'esercizio del potere discrezionale di altra stazione appaltante, nel caso in cui questa abbia negativamente valutato pregresse risoluzioni o altre vicende professionali (cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2021, n. 6212).

Tuttavia relativamente a tale ultima fattispecie va precisato che permane l'obbligo dell'operatore economico di dichiarare i fatti e le vicende che siano state considerate sintomatiche della sua inaffidabilità e mancanza di integrità da parte di altra stazione appaltante. In sintesi, quanto all'esclusione discrezionalmente disposta per grave illecito professionale, il provvedimento di esclusione non è oggetto immediato dell'obbligo dichiarativo e va dichiarato soltanto allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all'esito della quale è stato adottato; infatti <<è quest'ultima che la stazione appaltante è tenuta ad apprezzare per dire se il concorrente abbia commesso un "grave illecito professionale", inteso come comportamento contrario ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, incidente sulla sua affidabilità professionale>> (così Cons. Stato, V, 20 settembre 2021, n. 6407, citata solo parzialmente, in senso difforme, dalla difesa del Comune di Pistoia).

6.2. Come affermato in tale ultima sentenza, il *provvedimento di esclusione* va considerato alla stregua di un "*adeguato mezzo di prova*" del grave illecito professionale dal quale è scaturito.

Resta tuttavia fermo che oggetto immediato dell'obbligo dichiarativo *non è il provvedimento*, ma *il fatto*, in specie quando trattasi di *illecito professionale* tipizzato dall'art. 80, comma 5, lett. c-ter (risoluzione per inadempimento ovvero condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, conseguenti a "*significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto*"), ma anche quando l'esclusione sia stata originata da (altre) *pregresse vicende professionali oggettivamente significative* ai fini del giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico, secondo quanto precisato dall'Adunanza plenaria n. 16 del 2020.

6.3. Applicando al caso di specie le coordinate ermeneutiche fin qui sintetizzate, va privato di autonoma rilevanza ai fini dichiarativi il provvedimento di esclusione disposto dal Comune dell'Aquila, pur divenuto definitivo alla data di pubblicazione del bando di gara (7/12 giugno 2019) dopo che era stato respinto il ricorso della società con sentenza del Consiglio di Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7056, atteso che:

- i fatti e le vicende contrattuali posti a fondamento del provvedimento di esclusione del Comune dell'Aquila, che il Comune di Pistoia ha ritenuto significativi ai fini del giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico T.F.C., sono stati tutti da questo dichiarati nel DGUE della presente gara, ad eccezione delle vicende riguardanti il rapporto contrattuale intrattenuto col Comune di Prossedi;

- tali ultime vicende, però, non avrebbero dovuto essere dichiarate, atteso che, nel momento in cui la T.F.C. ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Pistoia il rapporto contrattuale con il Comune di Prossedi si era concluso, senza che fosse stato adottato alcun formale provvedimento di risoluzione contrattuale; né è da ritenere che avrebbero dovuto essere dichiarate le deliberazioni di revoca degli affidamenti dei servizi di trasporto adottate dal consiglio comunale il 24 luglio 2017, n. 19 e n. 20 e dalla giunta comunale il 31 luglio 2017, n. 44, poiché si tratta di atti propedeutici alla futura risoluzione, che hanno perso oggettiva rilevanza nel momento in cui non sono stati seguiti, come detto, da una determina dirigenziale di risoluzione del contratto per inadempimento (cfr., per un caso analogo, già Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5136; più recentemente, anche Cons. Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2389); significativa è inoltre la circostanza che il rapporto contrattuale col Comune di Prossedi è pervenuto alla sua naturale scadenza il 31 maggio 2018, quindi più di un anno prima dall'indizione della gara *de qua* (avviata con bando pubblicato il 7/12 giugno 2019), di modo che il provvedimento di risoluzione, ritenuto ancora possibile da parte del Comune dell'Aquila (con la determina del 30 ottobre 2017, n. 3963), non sarebbe più

potuto intervenire in pendenza della procedura oggetto del presente contenzioso;

- è da escludere, inoltre, che dovesse essere dichiarata da T.F.C. la sentenza del Consiglio di Stato n. 7056/2018, di rigetto del ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione del Comune dell'Aquila; in proposito è sufficiente osservare che se, per quanto detto sopra, non è il provvedimento di esclusione l'oggetto immediato dell'obbligo dichiarativo, a maggior ragione quest'obbligo non può essere esteso alle vicende giurisdizionali del provvedimento;

- la legge di gara infine - pur richiedendo ai concorrenti di dichiarare nel DGUE *“tutte le circostanze e informazioni suscettibili di incidere sulla gara”* e di *“non omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, non essendo peraltro configurabile in capo ai partecipanti alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare ma sussistendo, al contrario, l'obbligo della omni-comprensività della dichiarazione”* (Par.15.2 del disciplinare) - non è così decisiva come ritenuto dall'amministrazione, dai controinteressati e dal giudice di primo grado; essa, infatti, lungi dal costituire *“fonte di obblighi informativi”* specifici (ai quali soltanto è da intendersi riferita la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 16/2020) si limita a parafrasare la giurisprudenza sulla portata omnicomprensiva dell'obbligo dichiarativo, trasponendo perciò le problematiche inerenti l'interpretazione dell'art. 80 del *Codice dei contratti pubblici* al piano interpretativo delle su menzionate clausole della *lex specialis*.

6.4. Va perciò esclusa la rilevanza a fini escludenti dell'omissione dichiarativa del provvedimento di esclusione del Comune dell'Aquila in sé considerato.

7. Ciò chiarito, va nondimeno sottolineato che il provvedimento di esclusione impugnato non si fonda soltanto sull'omissione dichiarativa (cioè su quella che, nella relazione allegata, viene definita la *“Tesi formale”*, punto 1 A), bensì anche e soprattutto sulle pregresse vicende che hanno condotto alla misura espulsiva adottata dal Comune dell'Aquila (cioè su quelle che, nella relazione allegata, sono considerate al punto 1 B, come oggetto della *“Tesi sostanziale”*,

consistenti essenzialmente nella revoca dell'affidamento deliberata dal Comune di Prossedi, mentre il provvedimento impugnato non cita gli altri fatti di inadempimento che il Comune dell'Aquila ha rilevato rispetto ad un precedente rapporto contrattuale in essere con la società, i quali sono valorizzati soltanto negli scritti difensivi del Comune di Pistoia e dei controinteressati).

In merito alla vicenda contrattuale intercorsa col Comune di Prossedi, va premesso che la ritenuta estraneità all'ambito di operatività dell'obbligo dichiarativo di un determinato precedente professionale non esclude che esso possa essere autonomamente valutato dalla stazione appaltante per supportare il giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico (cfr. Cons. Stato, V, 2 ottobre 2020, n. 5782).

7.1. Ciò è quanto accaduto nel caso di specie, dato che il Comune di Pistoia ha ritenuto rilevanti le deliberazioni degli organi di indirizzo politico del Comune di Prossedi, relativamente alle contestazioni dei disservizi nell'espletamento del servizio di trasporto scolastico, nonché delle omissioni contributive e del mancato pagamento di stipendi ai dipendenti, commessi nel 2017, quindi prima del decorso del triennio dall'indizione della gara oggetto del presente contenzioso. Per di più, a tale fine, la stazione appaltante si è avvalsa di "*adeguati mezzi di prova*", ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, quali sono da reputarsi sia le delibere del consiglio e della giunta comunali, sia la stessa sentenza del Consiglio di Stato n. 7056/2018 (nella cui motivazione si rinviene la qualificazione della delibera n. 20 del Consiglio comunale di Prossedi quale "*mezzo adeguato a dimostrare un grave illecito professionale della società ricorrente*").

In proposito, è sufficiente sottolineare che nella relazione allegata dal provvedimento di esclusione il precedente è stato reputato "*grave e rilevante*" sia ai sensi "*dell'art. 80 comma 5 lett. c) del D.lg. 50/2016*" che in considerazione della "*lettera a) dell'art. 80 e dell'art. 30 commi 1 e 3 del D.lg. 50/2016*", in specie "*come violazione degli obblighi in materia di lavoro*" ed indipendentemente dalla

formalizzazione dell'atto risolutivo (ritenuto non emesso poiché *“il contratto avrebbe avuto da lì a qualche mese scadenza naturale il 31.5.2018 e verosimilmente per questo motivo cui si aggiunge che il servizio di trasporto scolastico in caso di risoluzione contrattuale si sarebbe interrotto bruscamente nel bel mezzo dell'anno scolastico, creando un disservizio alle famiglie il contratto non era stato risolto”*) con la precisazione che comunque i fatti attestati dalle delibere adottate dal Comune di Prossedi assumevano rilievo *“in sé in quanto realmente avvenuti”*.

Trattasi, all'evidenza, di un giudizio discrezionale non illogico né arbitrario, conforme alla previsione dell'art. 80, comma 5, lett. c (e non c ter) del d.lgs. n. 50 del 2016, come interpretato dalla prevalente giurisprudenza, che riconosce alla stazione appaltante la facoltà di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito professionale che, per la sua gravità, sia in grado di minare il rapporto fiduciario (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 29 ottobre 2020, n. 6615) e che, per gli illeciti professionali consistenti in fatti di inadempimento contrattuale, prescinde dall'adozione di un formale provvedimento di risoluzione contrattuale (invece considerata nella lettera *c ter*).

7.2. Contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, nessuna rilevanza va accordata alla circostanza che il Comune di Prossedi abbia ammesso la T.F.C. alla gara successiva.

E' riscontrata in atti l'obiezione del Comune di Pistoia e dei controinteressati che si è trattato soltanto dell'ammissione a seguito del controllo della documentazione amministrativa, mentre all'esito della stessa procedura non è stato espresso alcun giudizio di affidabilità nei confronti della società odierna appellante, atteso che la gara è stata aggiudicata ad altro operatore economico.

7.3. Parimenti irrilevante è l'archiviazione disposta dall'ANAC, con nota n. 21424 del 13 marzo 2020, a seguito della segnalazione effettuata dal Comune dell'Aquila.

Giova precisare che, nel contrasto giurisprudenziale in materia, va preferita la più recente giurisprudenza secondo cui il precedente professionale rilevante ai fini del giudizio di affidabilità e di integrità della stazione appaltante deve

essere dichiarato dall'operatore economico anche se non ancora inserito nel casellario informatico tenuto dall'Anac (così Cons. Stato, V, 8 aprile 2021, n. 2838 e 31 marzo 2021, n. 2708, la quale ultima evidenzia come l'iscrizione nel casellario informatico sia condizione sufficiente per l'espulsione, ma non necessaria, richiedendosi, in mancanza, apposita valutazione discrezionale della stazione appaltante).

Nello stesso senso sono anche le Linee Guida n. 6, come modificate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017, che precisano come, indipendentemente dall'annotazione, sia *“rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione”*.

Ciò chiarito, si ritiene però che l'onere dichiarativo vada escluso quando l'Autorità, all'esito di apposito procedimento, abbia archiviato la segnalazione, ferma restando la valutazione discrezionale di affidabilità dell'operatore economico da parte della stazione appaltante.

Nel caso di specie, poi, pur essendo l'archiviazione dell'Anac sopraggiunta in corso di gara, la T.F.C. non era obbligata a dichiarare la precedente esclusione, per le ragioni sopra esposte.

7.3.1. Dal momento che l'archiviazione da parte dell'Autorità non è vincolante per la stazione appaltante, è corretto il *modus procedendi* del Comune di Pistoia che, rispondendo alle osservazioni procedurali della società, ha specificamente motivato sulla significatività, in concreto, della vicenda fondante l'esclusione da parte del Comune dell'Aquila.

La motivazione sulla gravità dell'illecito professionale e sull'idoneità ad incrinare il rapporto fiduciario con l'amministrazione è sufficiente a sorreggere l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del *Codice dei contratti pubblici*, malgrado la diversa contraria valutazione espressa da parte dell'Autorità.

7.3.2. A maggior ragione tale conclusione rende irrilevante la nota n. 74181 del 5 marzo 2021, sopravvenuta nel corso del giudizio, con la quale l'Anac ha

disposto l'archiviazione della segnalazione inviata dal Comune di Pistoia ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico per la vicenda oggetto del presente contenzioso.

8. Va infine considerato che il giudizio di inaffidabilità della T.F.C. è stato espresso dal Comune di Pistoia sulla base di una valutazione complessiva, quale si evince dall'ampia ed articolata motivazione della relazione allegata al provvedimento di esclusione, riguardante, oltre alla citata vicenda del Comune di Prossedi, i provvedimenti di risoluzione per inadempimento dichiarati dalla società esclusa, ed in particolare la risoluzione del Comune di Silvi e quella del Comune di Tortoreto.

8.1. Quanto alla risoluzione del Comune di Silvi, è da condividere il rilievo difensivo del Comune di Pistoia che a nulla rileva la pendenza del giudizio civile concernente i presupposti e gli effetti di tale risoluzione contrattuale, essendo oramai sancita per legge la rilevanza del provvedimento di risoluzione contrattuale per inadempimento ex art. 80, comma 5, lett. c- ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, indipendentemente dalla sua contestazione in giudizio.

E' stata infatti abrogata la precedente versione della lett. c) del medesimo comma 5 dell'art. 80, che sottolineava la rilevanza della risoluzione in quanto *“non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio”*, già peraltro superata dalla giurisprudenza che (in linea con quanto poi affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 19 giugno 2021, in causa C- 41/2018) aveva ritenuto valutabile l'affidabilità del concorrente, per mezzo di un giudizio discrezionale e autonomo, in qualsiasi fase della procedura, a prescindere dall'eventuale pendenza di un giudizio al riguardo.

8.1.1. Piuttosto, va rilevato il contrasto giurisprudenziale tuttora esistente in merito all'interpretazione del testo attuale dell'art. 80, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, introdotto dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (*applicabile ratione temporis*), tra l'orientamento che ritiene sufficiente il decorso del triennio dall'adozione del provvedimento di

risoluzione o comunque dal fatto costituente illecito professionale per privare di rilevanza quest'ultimo (cfr. Cons. Stato, V, 7 settembre 2021, n. 6233 e id., V, 5 agosto 2020, n. 4934) e quello, più rigoroso, che ritiene che, nel caso in cui il provvedimento di risoluzione sia *sub iudice*, il triennio decorra soltanto dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, essendo nelle more l'amministrazione gravata dell'obbligo di motivazione "rafforzata" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c- ter) del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, V, 29 ottobre 2020, n. 6635).

8.1.2. Nel caso di specie, pur essendo ultra-triennale il provvedimento di risoluzione contrattuale adottato dal Comune di Silvi, si può prescindere dall'approfondimento in merito all'interpretazione della controversa novella del comma 10 bis (tanto più che quest'ultimo è letteralmente riferito al provvedimento di "esclusione", lasciando supporre che l'impugnazione giudiziale considerata dal legislatore sia quella dinanzi al giudice amministrativo, e non dinanzi al giudice civile, con la conseguenza che per i fatti risolutivi di un precedente contratto di appalto, oggetto di processo civile, non potrebbe che operare direttamente il termine triennale di cui all'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE), poiché la vicenda concernente il Comune di Silvi è menzionata soltanto *ad abundantiam* nel provvedimento impugnato (con un cenno al punto 1 ed un altro alla fine del punto 1 B, in risposta alle osservazioni della ricorrente).

8.2. Fondamentale ai fini del giudizio di inaffidabilità della società attuale appellante è infatti la valutazione, da parte del Comune di Pistoia, oltre che delle vicende inerenti il rapporto contrattuale col Comune di Prossedi, di quelle oggetto della determinazione dirigenziale n. 73/2018 del Comune di Tortoreto.

Relativamente a tale precedente professionale la relazione Allegato C dà atto che esso era stato "*appena accennato senza nulla aggiungere in sede di DGUE*", che è stato annotato nel casellario ANAC successivamente alla partecipazione ("*motivo di per se sufficiente a giustificare l'esclusione*") e che, in relazione al tempo

trascorso, esso è del 2018, ossia di appena un anno prima dalla pubblicazione del bando, quindi oggetto di necessaria valutazione.

Lo stesso è stato ritenuto rilevante in ragione della gravità delle contestazioni e della pertinenza di queste all'oggetto dell'appalto, quali emergono già dalla loro elencazione, in quanto riguardanti reiterate violazioni delle norme poste a tutela del lavoro nonché delle prescrizioni del contratto poste a garanzia dell'efficienza e della regolarità dei mezzi e del servizio e della sicurezza dei trasporti (si legge nella relazione che *“alla società Fratarcangeli viene contestato l'uso di scuolabus con capienza inferiore rispetto a quella prevista nel Capitolato, la mancanza nell'autorimessa comunale del secondo mezzo di scorta da 42/44 posti, la sostituzione di uno scuolabus che aveva una porta rotta con altro scuolabus con capienza inferiore e trasposto di bambini in sovrannumero rispetto alla ordinaria capienza con intervento degli agenti di Polizia, la mancata comunicazione delle targhe dei mezzi che sono usati come scorta e la mancata trasmissione della relativa documentazione per la circolazione su strada, la mancata comunicazione delle ricevute di versamento della tassa di proprietà dei mezzi utilizzati e delle polizze assicurative con i massimali adeguati, la sostituzione di un autista con altro di cui non è mai stato comunicato il nominativo né la patente di guida, contestazioni in ordine ad un mezzo per circolazione senza revisione delle bombole di gas metano, circolazione di un mezzo per due mesi senza libretto di circolazione o foglio provvisorio rilasciato dalla motorizzazione civile per la circolazione, circolazione di mezzo privo, nel periodo invernale, di catene o gomme termiche, mancato pagamento delle retribuzioni al personale e del lavoro straordinario, sostituzione dei mezzi senza darne comunicazione all'ente con impossibilità per l'ente di conoscere quale mezzo stesse circolando, circolazione di alcuni mezzi che continuavano a presentare gravi problematiche nonostante le segnalazioni, non effettuazione di gite o uscite didattiche per impossibilità di trasporto degli accompagnatori”*).

Rispetto a tale giudizio di inaffidabilità i motivi di censura dell'appellante non prospettano profili di manifesta ingiustizia od illogicità, idonei a viziare il provvedimento di esclusione che ne è derivato.

In particolare, non rileva, di per sé, il giudizio di affidabilità della T.F.C. espresso da altre stazioni appaltanti, identificate dall'appellante nel Comune di Città di Castello e nella Provincia di Frosinone, essendo autonomo il giudizio di ciascuna amministrazione in merito all'affidabilità in concreto dell'operatore economico selezionato.

Peraltro, i medesimi fatti valutati sfavorevolmente dal Comune di Pistoia sono stati posti a fondamento del giudizio negativo di altre stazioni appaltanti, tra le quali le parti appellate indicano il Comune di Alatri (con provvedimento di esclusione la cui legittimità è stata accertata all'esito di giudizio concluso con sentenza del Consiglio di Stato n. 4572/2020).

9. In conclusione, vanno respinti i motivi di gravame fin qui esposti, con conseguente definitivo assorbimento delle eccezioni di inammissibilità riproposte dai controinteressati.

9.1. Risulta definitivamente assorbita anche la questione posta dall'appellante mediante la formulazione di un apparente quinto motivo di appello.

Questo, in realtà, non censura la decisione di primo grado, ma si limita a riproporre la domanda risarcitoria, in forma specifica o per equivalente monetario, rimasta assorbita da tale decisione.

La ritenuta legittimità del provvedimento di esclusione della T.F.C. priva perciò di fondamento la domanda risarcitoria riproposta.

10. Essendo soltanto due le partecipanti alla gara de qua, la ricorrente ha invece tuttora interesse alla decisione del quarto motivo di appello, volto a conseguire l'esclusione del r.t.i. aggiudicatario e quindi potenzialmente idoneo a provocare la rinnovazione della gara.

Col quarto motivo infatti (Errores in procedendo ed in iudicando in relazione al secondo motivo del ricorso in primo grado. Violazione di legge: artt. 101 e 105 c.p.a., art. 112 c.p.c., art. 97 della Costituzione, art. 17 comma 1 lett. d e art. 42 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, art. 6 bis legge n. 241/90. Violazione delle linee guida Anac n. 12. Violazione del principio di imparzialità. Sviamento del vincolo del fine e della causa tipica) si sostiene il vizio

dell'aggiudicazione al r.t.i. controinteressato per conflitto di interessi, denunciato da T.F.C. perché la Copit è società partecipata a maggioranza assoluta dal Comune di Pistoia.

10.1. L'appellante premette che il primo giudice ha ommesso di pronunciarsi sul motivo già proposto in primo grado e lo ribadisce, sottolineando che nella Copit, partecipata da diversi comuni, il Comune di Pistoia ha una partecipazione del 51% e che, quale socio di maggioranza, nomina gli organi amministrativi e di controllo, esercitando di fatto un "controllo analogo" sulla gestione della società (malgrado questa non sia formalmente una società *in house*).

L'appellante, pur dichiarando di essere a conoscenza, ma di non condividere, l'indirizzo interpretativo che in astratto non esclude la possibilità di concorrere ad incanti pubblici da parte delle società a partecipazione pubblica, osserva che nel caso concreto si avrebbe una "*plateale commistione di interessi*", incidente sul confronto concorrenziale, come sarebbe dimostrato dall'esclusione della T.F.C. intervenuta quando era oramai incontrovertibile l'esito in suo favore della gara.

In definitiva, secondo l'appellante, l'ampio potere discrezionale in materia di illecito professionale sarebbe stato utilizzato dal Comune di Pistoia per escludere l'appellante, titolare della migliore offerta, in favore della società seconda graduata e partecipata dallo stesso Comune, con sviamento di potere e danno all'interesse pubblico alla massima partecipazione ed alla selezione della migliore offerta.

11. Il motivo non merita di essere accolto, pur dovendosi dare atto che il tribunale non si è pronunciato sulla censura già proposta in primo grado.

11.1. Nel merito, va ribadito l'orientamento giurisprudenziale, richiamato anche dall'appellante, che ritiene irrilevante la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente ai fini della sussistenza di un conflitto di interessi impeditivo della partecipazione di quest'ultima alla procedura di evidenza pubblica, poiché questo non è

configurabile in astratto (cfr. Cons. Stato, V, 17 aprile 2019, n. 2511 e id., V, 5 giugno 2018, n. 3401).

Inoltre, mentre va esclusa la riconducibilità della situazione di fatto in esame alla fattispecie normativa del conflitto di interessi dell'art. 42, comma 2, come richiamato, a fini escludenti, dall'art. 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667 e Cons. Stato, V, 6 maggio 2020, n. 2864), non si rinvencono altre disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* ostative all'ammissione alle gare pubbliche delle società partecipate (considerato che l'art. 45, comma 2, menziona tra gli operatori economici che possono prendere parte alle procedure di gara le "società", senza alcuna eccezione).

La parità di trattamento delle imprese pubbliche rispetto alle imprese private quanto all'offerta sul mercato di servizi, lavori e forniture è principio dell'ordinamento comunitario (ex art. 345 TFUE) e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha più volte affermato che il detto principio non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione organismi che ricevono, da essa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni (Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, in causa C-44/99) o che sono da essa partecipati (Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03).

Anche la giurisprudenza interna è nel senso che le garanzie offerte dalla procedura di evidenza pubblica consentono di escludere che la sola partecipazione societaria della stazione appaltante possa rappresentare, di per sé, un fattore distorsivo della concorrenza ed avvantaggiare la società concorrente partecipata dall'amministrazione (cfr. Cons. Stato, VI, 11 luglio 2008, n. 3499).

Conseguentemente i divieti di partecipazione alle gare delle società pubbliche devono essere reputati tassativi e, allo stato, va dato atto che non è previsto alcun divieto di partecipazione per le società partecipate dalla stazione appaltante.

In definitiva, la situazione di partecipazione societaria potrebbe dare luogo ad esclusione soltanto quando si dimostri che abbia prodotto, in concreto, un effetto distorsivo della concorrenza, specificamente a causa della violazione delle regole dell'evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, V, n. 2511/2019 cit.).

11.2. Nel caso di specie l'appellante non ha nemmeno dedotto alcuna effettiva situazione di distorsione concorrenziale della procedura di gara che sarebbe derivata dalla partecipazione di Copit, in qualità di mandataria del r.t.i. classificatosi secondo in graduatoria.

La sola situazione societaria, come detto, non può costituire un indizio significativo dello sviamento di potere che avrebbe indotto l'amministrazione ad escludere la T.F.C., che si era classificata prima in graduatoria, considerato che il provvedimento di esclusione è, in sé, legittimo per le ragioni sopra esposte.

11.3. Giova aggiungere che non risulta che il Comune di Pistoia eserciti un controllo analogo sulla Copit, essendo comprovato soltanto il controllo societario derivante dalla sua qualità di socio di maggioranza.

La natura di Copit non è poi nemmeno quella di società *in house*, come d'altronde riconosciuto anche dall'appellante.

12. L'appello va quindi respinto.

12.1. Nondimeno si ritiene che possano essere compensate le spese del secondo grado, in ragione delle evidenziate oscillazioni giurisprudenziali in tema di obblighi dichiarativi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese processuali del grado.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 18 novembre 2021 e 16 dicembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO