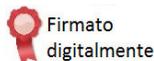


Publicato il 28/03/2024

N. 02931/2024 REG.PROV.COLL.
N. 05392/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5392 del 2023, proposto dalla società TR.IN.CO.N.E. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9586473FC4, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Russo e Denis Scarmozzino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato L. Napolitano, in Roma, via Girolamo da Carpi 6;

contro

la società S.M.A. - Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente - Campania s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società Planetaria s.r.l. (nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I.) e della società B. Energy s.p.a. (nella qualità di mandante), in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Domenico Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione terza) n. 3297 del 30 maggio 2023, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società S.M.A. e delle società Planetaria s.r.l. e B. Energy s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2024 la consigliera Silvia Martino;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società odierna appellante impugnava innanzi al T.a.r. per la Campania il provvedimento in data 21 marzo 2023 prot.n.4549/2023 con cui la società S.M.A. Campania s.p.a., in qualità di stazione appaltante, aveva disposto la revoca della proposta di aggiudicazione e l'esclusione della società ricorrente dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di movimentazione interna, prelievo, trasporto e smaltimento finale dei rifiuti fanghi, vaglio e sabbie, classificabili come speciali non pericolosi ai sensi dell'art. 184 del d.lgs. n. 152/2006, prodotti dall'impianto di depurazione di Napoli Est e dall'impianto di grigliatura di Foce Regi Lagni.

1.1. L'esclusione della società, con la conseguente revoca della proposta di aggiudicazione, è stata determinata dalla valutazione in merito all'affidabilità dell'operatore economico ritenuta gravemente compromessa da quanto appreso relativamente al procedimento penale n.r.g. 21386/2021 del Tribunale di Napoli, avente ad oggetto condotte poste in essere da pubblici ufficiali e imprenditori finalizzate alla turbativa d'asta di procedure di gara indette dalla stessa stazione appaltante, S.M.A. Campania s.p.a.

1.2. Il ricorso di primo grado veniva affidato a tre mezzi di gravame (estesi da pag. 2 a pag. 10).

1.3. L'impugnativa veniva poi estesa alla determina in data 5 aprile 2023, n. 39, di aggiudicazione del servizio al RTI con capogruppo Planetaria s.r.l., censurata per invalidità derivata.

1.4. Il T.a.r., con la sentenza oggetto dell'odierna impugnativa;

- ha respinto il ricorso principale;
- ha dichiarato improcedibili i motivi aggiunti per carenza di interesse;
- ha condannato la ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

2. L'appello della società ricorrente, rimasta soccombente, è affidato ai motivi che vengono di seguito sintetizzati.

I. La SMA ha escluso l'odierna appellante, già individuata quale aggiudicataria della gara, in ragione *«della manifesta omissione dichiarativa [...] e della gravità dei reati contestati dall'A.G.»*.

L'omissione dichiarativa alla quale si riferisce la stazione appaltante era emersa in data 21 febbraio 2023, allorquando *“era stato notificato alla SMA Campania s.p.a. il decreto di perquisizione locale e personale [...]”* ed era risultato che *“nel citato provvedimento emesso dall'Autorità Giudiziaria, veniva formalizzato il coinvolgimento diretto dell'l.r.p.t. della Trincone in gravi ipotesi di reato”*.

In pratica, la stazione appaltante contestava alla società di non aver segnalato di essere stata destinataria del decreto di perquisizione e che dai fatti in essa riportati risultava il coinvolgimento del legale rappresentante della società in un *“contesto delittuoso”* caratterizzato dalla *“gravità dei reati contestati”*.

L'appellante ritiene che nel provvedimento di esclusione mancherebbe del tutto l'accertamento che l'omissione dichiarativa rilevata sia stata in grado di incidere sul corretto svolgimento della procedura di selezione.

In esso, al contrario, si metterebbe in luce soprattutto il fatto che l'indagine ha coinvolto altri imprenditori, due rappresentanti della stazione appaltante ed un esponente politico.

Tra l'omissione informativa e l'informazione fuorviante o addirittura falsa, vi è una ontologica differenza già risultante dall'art. 80, comma 5, lett. *c-bis* del d.lgs. n. 50/2016 ed oggi rimarcata dall'art. 98, commi 3 e 5, del d.lgs. n. 36/2023.

In ogni caso, la valutazione della rilevanza dell'omissione informativa compete alla stazione appaltante e non al giudice, come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

L'appellante soggiunge che, nel caso in esame, il decreto di perquisizione era stato contestualmente notificato anche alla stessa stazione appaltante e che la notifica alla società è avvenuta appena due giorni prima dell'apertura delle offerte.

Né l'omissione potrebbe ritenersi sussistente per il solo fatto che l'appellante abbia ricevuto la comunicazione della richiesta di proroga delle indagini ad ottobre del 2022, poiché lo stesso RUP, nel provvedimento impugnato, avrebbe specificato che la rilevanza dell'omissione informativa è stata valutata con riferimento al decreto di perquisizione ed alla descrizione, in essa riportata per la prima volta, dei fatti dai quali emergevano le condotte addebitate agli indagati.

II. La SMA ha escluso l'appellante per il coinvolgimento del suo legale rappresentante in un *“contesto delittuoso”* caratterizzato dalla *“gravità dei reati contestati”* in un *“un quadro di sistematico e diffuso di illegalità che, lungi da riferirsi ad una mera dazione di danaro elusiva delle disposizioni sul finanziamento alla politica, avrebbe visto indifferentemente coinvolti operatori economici e management aziendale pregresso, in uno a candidati a funzioni di rappresentanza nelle Istituzioni, in una logica di vasto respiro che stride con i principi di integrità che animano l'approccio della SMA Campania s.p.a. al mercato delle pubbliche commesse”*.

Il fatto per cui il legale rappresentate della società è imputato riguarda però specificamente ed esclusivamente un'ipotesi di finanziamento illecito ai partiti politici.

Tale circostanza non sarebbe stata ritenuta in sé rilevante dalla SMA che avrebbe

dato invece peso al fatto che egli fosse indagato insieme ad altri ai quali erano invece contestati gravi reati.

III. La sentenza fa altresì riferimento alla circostanza che sia nel decreto di perquisizione che nell'ordinanza cautelare 37/2023 del 21 marzo 2023, venga descritto un quadro complessivo di irregolarità che ha investito, a più riprese, anche la ricorrente.

La società ha tuttavia potuto accertare che le uniche fonti di prova della presunta responsabilità penale del proprio legale rappresentante sarebbero costituite dagli interrogatori dell'amministratore della SMA all'epoca dei fatti contestati e del direttore, sempre dell'epoca, dell'impianto di depurazione.

Da tali verbali risulterebbe però il coinvolgimento di un unico operatore, diverso dalla ricorrente.

La stazione appaltante non ha nemmeno tenuto conto del tempo trascorso dai fatti oggetto di contestazione - risalenti al 2017 e quindi ben oltre il triennio dalla indizione della gara - nonché della inesistenza di recidive o pregresse contestazioni di non affidabilità dell'appellante.

3. Si sono costituite, per resistere, le società controinteressate.

4. Si è costituita, per resistere, la società SMA.

5. Con ordinanza n. 2846 del 10 luglio 2023, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

6. La società SMA ha depositato una memoria conclusionale.

7. La società Trincone ha depositato una memoria di replica.

8. L'appello è stato trattenuto per la decisione alla pubblica udienza dell'1 febbraio 2024.

9. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

10. Giova anzitutto ricordare che la violazione degli obblighi informativi discendenti dall'art. 80, comma 5, lett. c e *c-bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie), in tanto può comportare l'esclusione del

concorrente reticente in quanto essa sia stata valutata dalla stazione appaltante in termini di incidenza sulla permanenza dei requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso.

L'esclusione non è automatica ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l'omissione dichiarativa abbia intaccato l'attendibilità professionale dell'operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara.

10.1. In materia, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, ha stabilito i seguenti principi di diritto:

- la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;
- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;
- la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.

10.2. Per quanto qui interessa, l'Adunanza plenaria ha argomentato che *“elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa [...] con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto “il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”, quanto “l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione” sono considerati dalla lettera c) quali “gravi illeciti professionali” in grado di incidere sull' “integrità o affidabilità” dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55]. [...] Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo 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”.*

10.2. Relativamente al giudizio svolto dalla stazione appaltante, la richiamata decisione ha poi sottolineato che operano *“i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare “il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o*

futuro contraente" [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione" (par. 15).

11. Ciò posto, nel caso in esame, reputa il Collegio che alcun "deficit" motivazionale sia ravvisabile nel provvedimento espulsivo impugnato in primo grado.

A differenza di quanto preteso dall'appellante, è infatti proprio la rilevanza del "contesto" nel quale l'omissione informativa è maturata – debitamente valorizzato dall'Amministrazione - a giustificare la decisione di esclusione che non si appalesa quindi né arbitraria né illogica.

11.1. Al riguardo, giova richiamare gli snodi essenziali della determina di esclusione, peraltro puntualmente riportati ed analizzati nella sentenza oggetto di gravame.

11.1.1. In primo luogo, la società appellante era a conoscenza del procedimento penale a carico del proprio legale rappresentante quantomeno dal 22 ottobre 2022, data che precede ampiamente il termine ultimo di presentazione delle offerte (11 febbraio 2023).

11.1.2. Pur volendo sorvolare sulla non perspicua risposta fornita il 9 marzo 2023 (in sede di contraddittorio procedimentale) che ha reso necessario un supplemento di istruttoria "e anche a voler offrire piena comprensione alla circostanza che fino alla data del 21 febbraio 2023" la società "non avesse avuto occasione di

comprendere quale fattispecie specifica di reato fosse stata contestata al proprio legale rappresentante appare evidente che l'arco ricompreso tra la data di notifica della proroga delle indagini (22.10.2022) e il termine ultimo di ricevimento delle offerte di gara (11.2.2023) costituisce un congruo ordine temporale per avere contezza se non altro della tipologia penale in rilievo, dell'A.G. procedente e del numero del procedimento penale”.

11.1.3. Dall'analisi del contenuto del decreto di perquisizione notificato il 21 febbraio 2023 emerge altresì come il legale rappresentante della società avesse già designato il proprio avvocato di fiducia e potesse, pertanto, avere piena contezza dei reati contestati (finanziamento illecito ai partiti).

11.1.4. Dall'Allegato 1 alla comunicazione del 9 marzo 2023 è poi emerso che la società ha ricevuto la notifica del decreto di perquisizione prima della stessa S.M.A Campania e, segnatamente, in data 20 febbraio 2023. Pertanto, tenuto conto dell'esigenza di integrare in ogni fase del procedimento selettivo le proprie dichiarazioni di gara, la società, ancor più quando ha appreso (in data 22 febbraio 2023) della propria condizione di “proposta per l'aggiudicazione”, “*avrebbe potuto e anzi dovuto offrire comunicazioni a riguardo, senza aspettare il successivo (eventuale) rinvio a giudizio*”.

11.1.5. L'operatore economico non può decidere *a priori* di discernere il quadro di addebiti da dichiarare, proprio perché la stazione appaltante non è in grado, di regola, di ricostruire i fatti da cui desumere il grave illecito professionale, ove essi non siano stati segnalati dal concorrente, che quindi ha l'obbligo di indicarli, e viene infatti escluso se presenta dichiarazioni non veritiere (art. 80, comma 5, lett. f-bis), o se ometta le informazioni dovute (art. 80, comma 5, lett. c-bis);

11.1.6. Secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza, la dichiarazione deve essere onnicomprensiva e fornire quante più informazioni possibili, purché pertinenti, in linea astratta, rispetto al giudizio della stazione appaltante in ordine alla affidabilità ed integrità del concorrente (per cui devono essere certamente dichiarati tutti i fatti che siano stati, o siano, oggetto di procedimento penale nel triennio antecedente).

11.1.7. Il provvedimento si conclude motivando nel senso che, alla luce di quanto illustrato, *“tenuto conto in ogni caso della gravità del contesto emergente dalle indagini in corso e dei pertinenti presidi di legalità che vengono prescritti in capo agli oo.ee. contraenti dal Codice Etico, dall'adesione al Protocollo di Legalità rifluita tra gli atti di gara e dal Patto di integrità richiesto in sede di stipula del contratto”*, si è reputata rilevante l'omessa indicazione e/o integrazione del DGUE di gara e in ogni caso sussistenti le condizioni per procedere alla revoca della proposta di aggiudicazione e alla contestuale esclusione della società dalla procedura di gara.

11.2. Sulla base di quanto precede, risulta di immediata evidenza la potenziale interferenza sul processo decisionale della stazione appaltante della volontà omissiva manifestata dalla società appellante o, comunque, di un comportamento reticente che è stato posto in essere in un quadro di eventi tale da esigere, per sua stessa natura, la massima trasparenza da parte dell'operatore economico.

Va infatti ricordato che l'ipotesi di reato formulata nei confronti del legale rappresentante della società e ad essa nota comunque da epoca antecedente quantomeno alla proposta di aggiudicazione, attiene ad una vicenda delittuosa che ha coinvolto direttamente anche i precedenti vertici societari della stazione appaltante.

A fronte di ciò è pertanto irrilevante l'entità ovvero la gravità della specifica imputazione formulata nei confronti del legale rappresentante della società in quanto la stessa era comunque specificamente collegata ad un peculiare contesto delittuoso, specificamente attinente – se non alla specifica gara in esame – alle procedure indette dalla medesima stazione appaltante.

Quest'ultima ha pertanto effettuato, come messo in luce dal T.a.r. *“tutti i passaggi richiesti dalla citata pronuncia Plenaria: i) stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante (e nel caso lo è, nella forma della omessa dichiarazione); ii) se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni*

(e nel caso lo è, in quanto la gara non sarebbe stata aggiudicata a un soggetto che è risultato indagato insieme ai vertici della stazione appaltante che era in procinto di aggiudicare la gara); iii) ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incide in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità (e anche questo, la S.M.A l'ha chiarito nel provvedimento impugnato)".

12. Per quanto concerne poi, la rilevanza temporale dell'illecito professionale, si rileva che nel ricorso di primo grado, non risultano contenute doglianze specifiche relative a tale aspetto.

Ad ogni buon conto, il Collegio condivide quella giurisprudenza amministrativa secondo cui:

- l'illecito professionale configura uno strumento di anticipazione della tutela della posizione contrattuale della committente pubblica rispetto ai possibili rischi di inaffidabilità dell'operatore, ed opera, quindi, a prescindere da un eventuale accertamento definitivo in sede penale, che può anche non sussistere;
- per tale ragione, il *dies a quo* per il calcolo del termine triennale di rilevanza, ex art. 80, comma 10-bis del d. lgs. n. 50 del 2016, dei fatti di matrice penale, non può essere ancorato alla pronuncia con efficacia di giudicato, bensì al momento in cui gli elementi informativi a disposizione della stazione appaltante siano adeguati alla percezione del fatto ed all'apprezzamento della sua incidenza sulla moralità del concorrente; ascrivere al giudicato penale il decorso del termine triennale di rilevanza determinerebbe infatti l'effetto di estendere a dismisura la valenza dello stesso, anche ben oltre l'effetto di un eventuale giudicato penale, in palese contrasto con i fondamentali principi di proporzionalità e ragionevolezza (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584);
- in tale ottica, in assenza di un accertamento definitivo, contenuto in una sentenza o in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, per individuare il *dies a quo* del termine triennale capace di elidere la rilevanza dei fatti determinanti l'impossibilità di contrattare con la Pubblica amministrazione, deve aversi riguardo alla data dell'accertamento del fatto, idoneo a conferire a quest'ultimo una

qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto e non, dunque, alla mera commissione del fatto in sé (Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611; cfr. anche il § 39 di Corte Giustizia, sez. IV, 24 ottobre 2018, C- 124/17 nonché Cons. Stato, sez. IV, n. 8563 del 2020).

12.1. Per quanto occorrer possa, è utile anche ricordare che, in linea con tale esegesi, il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha dato rilievo al “fatto processuale” quale adeguato mezzo di prova dell'illecito professionale (cfr. art. 98, comma 6 lettere g) e h), in relazione al comma 3 e all'art. 95, comma 1 lettera e).

12.1. Nel caso in esame, è dunque irrilevante che i fatti contestati al legale rappresentante della società risalgano al 2017 poiché l'accertamento e la qualificazione giuridica dei fatti medesimi, sono ampiamente successivi.

13. In definitiva, per quanto sopra argomentato, l'appello deve essere respinto. Le spese del grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, n. 5392 del 2023, di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società appellante alla rifusione delle spese del grado in favore delle due parti resistenti costituite, liquidandole per ciascuna in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge; con la precisazione che, nel caso del costituendo RTI capeggiato dalla società Planetaria s.r.l., le spese così liquidate vanno distratte in favore del difensore, dichiaratosi antistatario.

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

la parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Luca Monteferrante, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

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