

Pubblicato il 09/12/2021

N. 07912/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02708/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2708 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Giasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console 3;

contro

Azienda Ospedaliera San Pio Benevento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesto Aceto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Chiara Rammaro in Napoli, via Po 15;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento:

- a) della determina del Dirigente del U.O.C. Provveditorato ed Economato - Staff Direzione Amministrativa dell'Azienda Ospedaliera "San Pio" – Benevento n. 834 del 17.5.2021, che aggiudica in via definitiva alla -OMISSIS- la gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata fissa dei presidi ospedalieri "G. Rummo" e "S. Alfonso Maria de' Liguori";
- b) della nota a firma del Direttore del U.O.C. Provveditorato ed Economato prot. n. 13255 del 4.6.2021, con la quale si comunica alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva di cui alla determina n. 834 del 17.5.2021 impugnata sub a);
- c) per quanto possa occorrere, di tutti i verbali di gara e segnatamente: c1) dei verbali del Seggio di gara n. 1 del 20.1.2020 e n. 2 del 4.6.2020; c2) dei verbali della Commissione giudicatrice n. 1 del 9.10.2020, n. 2 del 26.11.2020, n. 3 del 1.12.2020, n. 4 del 3.12.2020, n. 5 dell'11.12.2020, n. 6 del 15.12.2020, n. 7 del 29.12.2020; c3) del verbale di chiusura del sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte del 2.3.2021;
- d) per il risarcimento del danno, in forma specifica ovvero per equivalente;
- e) per la declaratoria di inefficacia del contratto, qualora nelle more sottoscritto, con riconoscimento del diritto della ricorrente al conseguimento dell'appalto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- S.p.A. il 7/9/2021:

PER L'ANNULLAMENTO dei provvedimenti impugnati con il ricorso e segnatamente:

- a) della determina del Dirigente del U.O.C. Provveditorato ed Economato – Staff Direzione Amministrativa dell'Azienda Ospedaliera "San Pio" – Benevento n. 834 del 17.5.2021, che aggiudica in via definitiva alla -OMISSIS- la gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata fissa dei presidi ospedalieri "G. Rummo" e "S. Alfonso Maria de' Liguori";
 - b) della nota a firma del Direttore del U.O.C. Provveditorato ed Economato prot. n. 13255 del 4.6.2021, con la quale si comunica alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva di cui alla determina n. 834 del 17.5.2021 impugnata sub a);
 - c) per quanto possa occorrere, di tutti i verbali di gara e segnatamente: c1) dei verbali del Seggio di gara n. 1 del 20.1.2020 e n. 2 del 4.6.2020; c2) dei verbali della Commissione giudicatrice n. 1 del 9.10.2020, n. 2 del 26.11.2020, n. 3 del 1.12.2020, n. 4 del 3.12.2020, n. 5 dell'11.12.2020, n. 6 del 15.12.2020, n. 7 del 29.12.2020; c3) del verbale di chiusura del sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte del 2.3.2021;
 - d) per il risarcimento del danno, in forma specifica ovvero per equivalente;
 - e) per la declaratoria di inefficacia del contratto, qualora nelle more sottoscritto, con riconoscimento del diritto della ricorrente al conseguimento dell'appalto;
- nonché f) del verbale a firma del Rup in data 3.5.2021 che giudica positivamente l'omessa dichiarazione della-OMISSIS-circa un decreto penale di condanna a carico dei suoi amministratori.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Pio Benevento e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2021 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'atto introduttivo del presente giudizio la società -OMISSIS- S.p.A. ha impugnato la determina del Dirigente del U.O.C. Provveditorato ed Economato - Staff Direzione Amministrativa dell'Azienda Ospedaliera "San Pio" – Benevento n. 834 del 17.5.2021, che aggiudica in via definitiva alla -OMISSIS- la gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata fissa dei presidi ospedalieri "G. Rummo" e "S. Alfonso Maria de' Liguori", la nota di comunicazione di tale determina ed i relativi atti presupposti in epigrafe indicati.

2. A sostegno dell'impugnativa assume in punto di fatto di avere partecipato a detta procedura di gara bandita per un importo a base d'asta di € 700.800,00 oltre Iva.

2.1. Alla gara de qua partecipava anche la società -OMISSIS- risultata poi aggiudicataria.

2.2. All'esito dall'ammissione alla gara delle ditte partecipanti da parte del seggio di gara (verbali nn.1 e 2), la Commissione giudicatrice, nelle sedute del 9.10.2020 (verbale n. 1), del 26.11.2020 (verbale n. 2), del 1.12.2020 (verbale n. n. 3), del 3.12.2020 (verbale n. 4), dell'11.12.2020 (verbale n. 5), del 15.12.2020 (verbale n. 6), del 29.12.2020 (verbale n. 7), apriva e valutava le offerte tecniche, attribuiva i relativi punteggi, apriva le offerte economiche e perveniva alla graduatoria finale in cui -OMISSIS- risultava posizionata al primo posto con il punteggio di 99,04 (70 punti per l'offerta tecnica e 29,04 punti per l'offerta economica) ed essa ricorrente al secondo posto con punti 96,00 (69,29 per l'offerta tecnica e 26,71 per l'offerta economica).

Le offerte dei concorrenti classificati ai primi tre posti della graduatoria risultavano anomale e pertanto venivano sottoposte a verifica di congruità.

Con verbale del 2.3.2021 la Stazione appaltante chiudeva il sub-procedimento di anomalia, giudicando congrue le tre offerte.

Nelle more, la ricorrente, venuta a conoscenza di taluni illeciti professionali imputabili alla -OMISSIS-, con nota a firma del proprio legale del 22.3.2021, ne dava comunicazione alla Stazione appaltante, invitandola a prendere in considerazione le vicende segnalate.

3. Nella prospettazione attorea la stazione appaltante, senza dare seguito a tale segnalazione, provvedeva con determina dirigenziale n. 834 del 17.5.2021, sulla base di una asserita verifica positiva del possesso da parte della -OMISSIS- dei requisiti dichiarati ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 50/16, ad aggiudicarle in via definitiva la gara.

In pari data rispetto alla nota di comunicazione di tale determina, la società ricorrente presentava istanza di accesso a tutti gli atti di gara e, ancora prima dell'esitazione di detta istanza, ritenendo, sulla base dei precedenti giurisprudenziali che avevano coinvolto la -OMISSIS- che la stessa non potesse essere proprio ammessa alla gara de qua, per difetto dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016, avendo omesso di dichiarare precedenti "illeciti professionali" incidenti sulla sua affidabilità, ha proposto l'odierno ricorso.

In particolare la società ricorrente assume che la controinteressata:

- a) non aveva dichiarato, all'atto di partecipazione alla gara, le esclusioni per falsa dichiarazione ex art. 80 d.lgs. 50/16 comminate a suo danno da tre Stazioni appaltanti; omissione, questa, (già) sanzionata (da altra Stazione appaltante, in una gara coeva a quella oggetto del presente giudizio) con provvedimento di esclusione, ritenuto legittimo dal T.a.r. Campania – Sezione Staccata di Salerno con sentenza n. 674 del 17.6.2020, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2838 dell'8.4.2021 (motivi nn. 1 e 2 di ricorso);
- b) non aveva dichiarato il grave illecito professionale in cui era incorso il suo socio di maggioranza, cessato dalla carica nell'anno precedente alla indizione della gara dell'Azienda Ospedaliera "San Pio"; omissione, questa, che aveva determinato le tre esclusioni di cui alla precedente lett. a) e che era stata oggetto di giudizio (negativo) del Consiglio di Stato con sentenza n. 7471 del 27.11.2020 (motivo n. 3 del ricorso);

c) non aveva dichiarato il grave illecito professionale in cui erano incorsi il Presidente e un Consigliere di Amministrazione; omissione, questa, costituente autonoma causa di esclusione, peraltro segnalata dalla ricorrente alla Stazione appaltante che non vi aveva dato riscontro alcuno (motivi n. 4 e 5 di ricorso). In sintesi la ricorrente assume che la controinteressata abbia omesso scientemente di fornire notizie necessarie alla formulazione del giudizio di affidabilità professionale, influenzando così indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante (motivo n. 6 di ricorso).

Inoltre la ricorrente assume che dall'esame dei verbali di gara e dell'offerta economica della-OMISSIS-emergerebbe che la stessa aveva indicato un costo del personale più basso di quello indicato dalla Stazione appaltante nel Disciplinare di gara. In attesa di conoscere le giustificazioni prodotte dalla-OMISSIS-e con riserva, all'esito, di proporre motivi aggiunti, la -OMISSIS- ha pertanto impugnato il provvedimento di aggiudicazione anche sotto tale profilo, non rinvenendosi a suo dire nello stesso, né nel verbale di chiusura del sub procedimento di anomalia, le ragioni per le quali tale scostamento fosse stato ritenuto ininfluenza dalla Stazione appaltante (motivo n. 7 di ricorso).

4. La società ricorrente affida pertanto l'impugnativa a sette motivi di ricorso, così articolati.

I. Omessa dichiarazione della -OMISSIS- relativa a precedenti esclusioni comminate per falsa dichiarazione.

1) **VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 D.LGS. 18.4.2016 N. 50. VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 6. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. SVIAMENTO.**

A dire della ricorrente la società controinteressata all'atto della partecipazione alla gara aveva omesso di indicare nel D.G.U.E. tre esclusioni, comminate da altrettante Stazioni appaltanti, in ragione dell'omessa dichiarazione circa l'illecito professionale in cui era incorso l'ex socio di maggioranza, ovvero:

a) dell'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata delle sedi del Consiglio regionale della Campania, disposta con determina dirigenziale del 15.11.2019 n. 1376;

b) dell'esclusione dalla gara per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza armata presso le sedi della Giunta Regionale della Campania, disposta con Determina dirigenziale del 20.11.2019 n. 404;

c) dell'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata del Palazzo di Giustizia di Matera, disposta con determina del 22.7.2019.

Le suddette tre omissioni dichiarative erano state inoltre poste a fondamento del provvedimento di esclusione della -OMISSIS- dalla gara indetta dalla Procura della Repubblica presso la Corte di Appello di Salerno, avverso la quale la stessa aveva proposto ricorso al T.A.R. Campania, sezione staccata di Salerno, decisa con sentenza di rigetto della I° sezione, n. 674, del 17.6.2020 confermata con sentenza della 5ª sezione del Consiglio di Stato n. 2838 dell'8.4.2021.

Le suddette esclusioni, nella prospettazione di parte ricorrente, in quanto comminate nel triennio precedente l'indizione e la partecipazione alla procedura concorsuale di cui all'esame, sarebbero incidenti sull'affidabilità professionale e pertanto andavano dichiarate dalla-OMISSIS-che, per contro, aveva dichiarato di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali e di non essersi resa gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza dei motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione ovvero di non avere occultato tali informazioni.

Pertanto, a dire di parte ricorrente, la-OMISSIS-doveva essere esclusa dalla procedura de qua, vertendosi nell'ipotesi di falsa dichiarazione, che comporta l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. 50/16.

2) La ricorrente assume inoltre come la controinteressata non avesse neppure comunicato, successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il sopramenzionato provvedimento di esclusione comminato dalla Procura della Repubblica presso la Corte di Appello di Salerno, laddove sarebbe stato suo obbligo aggiornare la stazione appaltante sulle vicende, anche successive alla presentazione dell'offerta, incidenti sulla valutazione della sua affidabilità professionale.

II. Omessa dichiarazione del soggetto cessato dalla carica di socio di maggioranza della -OMISSIS-

3. **VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 D.LGS. 18.4.2016 N. 50. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. SVIAMENTO.**

Nella prospettazione attorea gli atti gravati sarebbero illegittimi anche per violazione dell'art. 80, comma 3, d.lgs. 50/16 che dispone che le cause ostative alla partecipazione alla gara operano anche quando le stesse riguardino il «socio unico persona fisica ovvero il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro» atteso che le stesse cause ostative scattano anche nel caso in cui riguardino «i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente l'anno di pubblicazione del bando di gara», come nell'ipotesi di specie.

Ciò in quanto, nella prospettazione attorea, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara la proprietà di-OMISSIS-era in capo a quattro soci ed il socio di maggioranza era stato destinatario di una sentenza di condanna penale in primo grado del Tribunale di Avellino per il reato di estorsione ex art. 629 del codice penale.

L'omessa dichiarazione avrebbe pertanto dovuto, ad avviso di parte ricorrente, determinare l'esclusione della-OMISSIS-dalla gara, così come statuito dal Consiglio di Stato, con la cit. sentenza n. 7471 del 27.11.2020.

III. Falsa dichiarazione del Presidente e del Consigliere di Amministrazione di -OMISSIS-

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 D.LGS. 18.4.2016 N. 50. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA.

A dire della parte ricorrente, nella domanda di partecipazione alla gara il Presidente di -OMISSIS-, ed un suo Consigliere di Amministrazione avevano falsamente dichiarato di non incorrere in alcuna delle cause di esclusione dell'art. 80 d.lgs. 50/16, laddove gli stessi erano stati destinatari di un decreto penale di condanna adottato dal Tribunale di Torre Annunziata ex art. 459 c.p.p. «per il reato di cui agli artt. 110 c.p., artt. 9 e 17 T.U.L.P.S. poiché in concorso tra loro – rispettivamente nella veste di titolare della-OMISSIS-Basilicata s.r.l. e della -OMISSIS- – violavano le norme che disciplinano gli istituti di vigilanza», come peraltro risultante dal provvedimento di esclusione adottato dall'Inps Basilicata in data 22.2.2021.

La stessa ricorrente aveva segnalato all'Azienda Ospedaliera "San Pio", con la citata nota del proprio legale in data 22.3.2021, detta circostanza.

Nella prospettazione attorea, nell'ipotesi di specie ricorrerebbero sia i presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. 50/16, sia la rilevanza dell'omessa dichiarazione, perché si era sottaciuto un precedente penale che certamente incideva, quanto meno ai sensi del comma 5, lett. c), del citato art. 80 d.lgs. 50/16, sull'affidabilità dell'impresa, in quanto strettamente attinente all'attività esercitata dalla -OMISSIS- oltre che all'oggetto della gara bandita dall'Azienda Ospedaliera "San Pio".

5) ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA. SVIAMENTO.

Nella prospettazione attorea, alla omissione dichiarativa della -OMISSIS- si aggiungerebbe, poi, l'omissione accertata della Stazione appaltante che, benché sollecitata dalla ricorrente, non aveva effettuato alcun controllo circa la veridicità delle dichiarazioni rese dai rappresentanti della -OMISSIS- né aveva, attraverso la Commissione ovvero attraverso il Rup, argomentato circa la presunta irrilevanza del citato precedente penale sulla gara in corso; ciò in quanto nel provvedimento di aggiudicazione si diceva semplicemente che il controllo del possesso dei requisiti oggetto di autodichiarazione aveva avuto esito positivo, senza però fornire alcun serio riscontro alla segnalazione effettuata dalla ricorrente.

Sicché il provvedimento di aggiudicazione, sotto questo profilo, sarebbe viziato da un evidente difetto di motivazione e di istruttoria, oltre che da eccesso di potere per sviamento.

6) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 D.LGS. 18.4.2016 N. 50.

Nella prospettazione attorea, le omissioni dichiarative della-OMISSIS-sarebbero tante e tali da disvelare il concreto intento della-OMISSIS-di sottacere alla Stazione appaltante vicende ed eventi destinati ad incidere in modo determinante sul giudizio di affidabilità dell'impresa.

Quand'anche si dovesse ritenere che le suddette omissioni non comportino da sole l'automatica esclusione dalla gara, a dire della ricorrente, non potrebbe non tenersi conto del "disegno" attuato dall'aggiudicataria di omettere informazioni che avrebbero sicuramente indotto la Stazione Appaltante ad un giudizio di inaffidabilità.

7) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 23, 95 E 97 D.LGS. 18.4.2016 N. 50. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO E DIFETTO DI ISTRUTTORIA. SVIAMENTO.

Nella prospettazione attorea, il provvedimento di aggiudicazione sarebbe violativo del disposto dell'art. 97, comma 5, d.lgs. 50/16, che prescrive che la stazione appaltante esclude il concorrente se accerta che l'offerta è anormalmente bassa nel caso in cui «d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16».

Lo stesso art. 97 d.lgs. 50/16, al successivo comma 6, precisa che «non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge». Nella specie, la Stazione appaltante, nel Disciplinare di gara (all'art. 4.2), aveva indicato in € 560.000,00 i costi della mano d'opera, laddove la-OMISSIS-nella propria offerta economica aveva quantificato i costi della mano d'opera in € 550.478,40, inferiore a quello indicato dalla Stazione appaltante.

La ricorrente ha peraltro formulato espressamente detta censura in via esplorativa, assumendo che era stato negato l'accesso all'offerta tecnica della-OMISSIS-e alle giustificazioni dalla stessa presentate, riservandosi

di proporre motivi aggiunti, lamentando peraltro che né nel provvedimento di aggiudicazione, né nel verbale di chiusura del sub procedimento di anomalia, erano evincibili le ragioni per le quali tale scostamento era stato ritenuto ininfluenza dalla Stazione appaltante.

Ciò posto, la società ricorrente ha formulato istanza istruttoria in relazione all'offerta tecnica e alle giustificazioni presentate dalla -OMISSIS- nonché alla documentazione di comprova dei requisiti autodichiarati dalla stessa -OMISSIS-.

5. Si sono costituiti in resistenza l'Azienda Ospedaliera San Pio Benevento e la -OMISSIS- instando per il rigetto del ricorso.

L'amministrazione resistente ha, peraltro, in via preliminare, eccepito l'irricevibilità del ricorso, atteso che la Delibera di aggiudicazione n. 834 era stata adottata in data 17.05.2021 ed il ricorso notificato solo in data 23.06.2021; inoltre il verbale di verifica risaliva al 03.05.2021 ed anche esso non era stato tempestivamente impugnato; infine la società ricorrente già in data 16.03.2021 aveva ricevuto la documentazione richiesta, tra cui la documentazione amministrativa presentata dalla Ditta-OMISSIS-S.p.a. in sede di gara, nonché la comunicazione che non era stato adottato alcun provvedimento di aggiudicazione provvisoria, se non il verbale della Commissione di gara del 29.12.2020, portato a conoscenza delle ditte concorrenti, sul portale della So.Re.Sa.

Nel merito ha comunque insistito per l'infondatezza del ricorso.

In particolare, l'amministrazione resistente ha dedotto di avere effettuato in data 02.03.2021 la verifica dell'anomalia delle offerte ed in data 03.05.2021 la verifica ex art. 80 del D.lgs. 50/2016, acquisendo informazioni relative alla società aggiudicataria sia presso la Camera di Commercio, giusta visura del 30.03.2021, che presso il Casellario ANAC, giusta visura del 22.03.2021.

La verifica attinente l'anomalia delle offerte si era conclusa con il giudizio di congruità di tutte le offerte in gara, in quanto la Commissione giudicava le stesse come "attendibili, affidabili nel complesso", ritenendo le giustificazioni esaustive.

In relazione alla seconda verifica, l'Amministrazione resistente assume inoltre che la-OMISSIS-S.p.a., avuta conoscenza dell'esistenza del decreto penale n. 625/18 emesso dal GIP del Tribunale di Torre Annunziata, a carico dell'Amministratore delegato e del Presidente del C.d.A. della-OMISSIS-S.p.a., aveva provveduto, di propria iniziativa, con nota del 23.03.2021, ad informare essa stazione appaltante.

La predetta società aveva fornito ampia spiegazione in relazione a quanto avvenuto, provando sia la già intervenuta adozione di un precedente provvedimento giudiziario del Tribunale di Nola, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, che, sempre in riferimento alla contestazione di una presunta violazione degli artt. 110 c.p., 9 e 17 TULPS, aveva decretato l'archiviazione del procedimento, accogliendo la richiesta del P.M., sia l'intervenuta adozione di altro provvedimento datato 16.02.2021 ed emanato, proprio in relazione al decreto penale oggetto di contestazione, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Torre Annunziata, con il quale era stata accolta la richiesta di remissione in termini per proporre opposizione avverso il menzionato decreto penale di condanna.

La Commissione di gara (rectius, il Rup), nel già citato verbale del 3.05.2021, così disponeva: *"si fa presente che il reato di cui al decreto penale di condanna, più volte richiamato, di certo, non rientra nelle fattispecie di cui all'art. 80, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, per le quali è prevista l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara. Inoltre, pur volendo far rientrare la fattispecie in esame nell'ambito di applicabilità dell'art. 5, comma c-bis) dello stesso art. 80, per aver la -OMISSIS- in fase di compilazione della parte III Sez. del DGUE, omissis informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, appare evidente che non si tratta di voluta omissione, in quanto la stessa Ditta non era a conoscenza del decreto penale di condanna, e naturalmente del relativo procedimento penale. A suffragare ciò vi è la circostanza che il Tribunale di Torre Annunziata ha accolto la richiesta di remissione in termini per proporre opposizione al decreto penale a seguito di un vizio di notifica..."*

Secondo l'Amministrazione, peraltro, non corrisponderebbe al vero quanto ritenuto da parte ricorrente in ordine all'inquadramento temporale della vicenda, ovvero che "il bando dell'Azienda Ospedaliera "San Pio" è stato pubblicato in data 24.10.2019 e la-OMISSIS-S.p.a. aveva presentato la domanda di partecipazione alla gara in data 01.07.2020", trattandosi di informazioni smentibili documentalmente, in quanto il bando oggetto di discussione risultava pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 06.12.2019 e la domanda di partecipazione al bando risultava essere stata presentata dalla-OMISSIS-S.p.a. in data 15.01.2020.

L'Amministrazione assume inoltre di non essere venuta a conoscenza della sentenza penale di condanna adottata nei confronti dell'ex socio di maggioranza e comunque l'irrelevanza della stessa, atteso che lo stesso non era più socio nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando, come peraltro desumibile dai precedenti penali citati dalla stessa parte ricorrente.

Parimenti da rigettare, nella prospettazione della resistente amministrazione, sarebbe la censura relativa all'incongruità dell'offerta, atteso che la-OMISSIS-aveva superato la verifica di anomalia e che in ogni caso il discostamento del costo per il personale era di poco meno di diecimila euro rispetto al costo indicato nel disciplinare di gara.

6. La controinteressata ha del pari dedotto in ordine all'infondatezza del ricorso, assumendo in primo luogo l'assoluta irrilevanza, in termini di oneri dichiarativi, della sentenza di condanna inflitta all'ex socio di maggioranza, in quanto comminata in data antecedente al triennio l'indizione della procedura de qua, ovvero in data 24 marzo 2016 per fatti commessi nel 2013, nonché del decreto penale di condanna a carico del legale rappresentante di -OMISSIS- in quanto conosciuto solo successivamente ed in ogni caso revocato dal giudice penale e comunicato alla stazione appaltante prima dell'aggiudicazione della gara. Peraltro, secondo quanto allegato dalla controinteressata, le omissioni dichiarative, secondo quanto enunciato nel noto arresto della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, assumerebbero portata escludente non in sé ma solamente qualora dalla stazione appaltante fossero state ritenute rilevanti in relazione al fatto omesso. Inoltre, ove mai omessa una dichiarazione dovuta, nella prospettazione della controinteressata, troverebbe applicazione il soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016.

7. La ricorrente, con memoria depositata in data 9 luglio 2021, ha replicato all'eccezione di irricevibilità formulata dall'Amministrazione resistente, insistendo per l'accoglimento del ricorso e dell'istanza cautelare, avuto riguardo quanto meno alle omissioni dichiarative della controinteressata, in alcun modo smentite dalla stazione appaltante.

Con ordinanza n. 01306/2021 del 14 luglio 2021 è stata accolta l'istanza cautelare nei seguenti termini: “- Ritenuto che il ricorso in epigrafe non si presti ad essere definito nella presente sede cautelare, avuto tra l'altro riguardo alla richiesta istruttoria avanzata da parte ricorrente ed in ogni caso alla preannunciata presentazione di ricorso per motivi aggiunti in relazione alla documentazione prodotta dalla parte resistente;

- Ritenuto, nella comparazione degli opposti interessi - avuto riguardo alla circostanza che la controinteressata, aggiudicataria della procedura de qua, è l'operatore economico uscente, secondo quanto dedotto da parte ricorrente in sede di discussione - di dover mantenere re adhuc integra la situazione controversa sino alla definizione nel merito del ricorso, per l'effetto con inibitoria della sola stipula del contratto, ferma rimanendo ogni valutazione nella sede di merito;

- Ritenuto di dover accogliere l'istanza istruttoria formulata da parte ricorrente, limitatamente al deposito dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, essendo già state depositate le giustificazioni prodotte in sede di procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e di dover pertanto ordinarne la produzione alla parte resistente, nel termine di quindici giorni dalla comunicazione della presente ordinanza;

-Ritenuto di dover fissare per la trattazione del merito del ricorso l'udienza pubblica del 26 ottobre 2021 e di dover compensare le spese della presente fase”.

8. Con atto notificato in data 7 settembre 2021 e depositato in pari data, la -OMISSIS- ha impugnato a mezzo di ricorso per motivi aggiunti, a seguito del deposito della documentazione ad opera delle controparti, gli atti già impugnati a mezzo del ricorso introduttivo, nonché il verbale a firma del Rup che in data 3.5.2021 aveva ritenuto irrilevante, ai fini del giudizio di affidabilità professionale, l'omessa dichiarazione della-OMISSIS- in merito ad un decreto penale di condanna a carico dei suoi amministratori, articolando, in tre motivi di ricorso, le seguenti censure:

I. Sulla falsa dichiarazione del Presidente e del Consigliere di Amministrazione di -OMISSIS-

1. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 D.LGS. 18.4.2016 N. 50.
INCOMPETENZA.

Nella prospettazione attorea, la valutazione di non incidenza della falsa dichiarazione del Presidente e del Consigliere di Amministrazione di -OMISSIS- in ordine all'adozione a loro carico del citato decreto penale di condanna avvenuta ad opera del RUP dovrebbe innanzi tutto ritenersi illegittima in quanto affetta da vizio di incompetenza, dovendo la valutazione sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. 50/16 essere espressa dal seggio di gara.

2. SEGUE. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA.
SVIAMENTO.

La ricorrente contesta inoltre la ricostruzione fattuale della vicenda relativa alla omessa dichiarazione, così come esposta dalla-OMISSIS-e avallata dal Rup, assumendo che in data 22.3.2021 aveva segnalato alla Stazione appaltante la presenza a carico della-OMISSIS-del predetto decreto penale di condanna e che solo il giorno successivo, ovvero in data 23.3.2021, la-OMISSIS-aveva “spontaneamente” segnalato alla Stazione appaltante il predetto precedente penale.

Pertanto la-OMISSIS-si era indotta a comunicare detto illecito professionale non spontaneamente, ma solo dopo che la ricorrente aveva già segnalato alla Stazione appaltante stessa la ricordata omissione. Deduce in ogni caso come la dichiarazione integrativa della-OMISSIS-sia stata effettuata ben oltre il termine in cui la stessa-OMISSIS-era venuta a conoscenza del predetto decreto e che nella suddetta nota la-OMISSIS-non dice in quale data sarebbe venuta a conoscenza del decreto penale di condanna, ma che, dalla sentenza del Tribunale di Torre Annunziata ufficio del Gip n. 182/21 in data 1.6.2021, si evinceva che sicuramente alla data del 24.3.2020 la-OMISSIS-era già a conoscenza del predetto decreto penale di condanna, di cui avrebbe dovuto dare tempestiva comunicazione alla Stazione appaltante, aggiornando le dichiarazioni rese all'atto della partecipazione alla gara, laddove la stessa aveva atteso circa un anno per provvedere a detta segnalazione.

II. Sull'anomalia dell'offerta.

3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 23, 95 E 97 D.LGS. 18.4.2016 N. 50. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. SVIAMENTO.

La ricorrente assume come le giustificazioni di -OMISSIS- relative all'anomalia dell'offerta depositate dalla stazione appaltante in data 8 luglio 2021, confermerebbero l'incongruità dell'offerta e l'erroneità del giudizio espresso dal Rup.

A dire della ricorrente in particolare l'offerta sarebbe anomala, sotto tre profili:

- costo del personale;
- costo delle attrezzature;
- utile di impresa.

Quanto al costo del personale, come dedotto nel settimo motivo del ricorso introduttivo, la-OMISSIS-non avrebbe rispettato il costo indicato nella *lex specialis* di gara dalla stazione appaltante e detto discostamento sarebbe ascrivibile al mancato rispetto delle tabelle ministeriali.

Segnatamente, la-OMISSIS-avrebbe sensibilmente ridotto le ore di assenza per "Assemblee, permessi sindacali e per motivi di studio", indicate in 7 ore rispetto alle 25 ore indicate nelle tabelle ministeriali, nonché quelle per "Malattie, infortuni, maternità", individuate in 98 ore rispetto alle 126 ore delle tabelle ministeriali.

Né sarebbe, a dire di parte ricorrente, rilevante la certificazione del consulente del lavoro contenente i suddetti dati asseritamente ricavati da statistiche interne all'azienda, in quanto la-OMISSIS-avrebbe dovuto provare in modo puntuale e rigoroso il più basso assenteismo della forza lavoro.

Parimenti incongruo, a dire di parte ricorrente, sarebbe il costo relativo alle forniture fondato su preventivo della Sian S.r.l. privo di timbro e firma, senza alcuna certezza sulla provenienza dello stesso e recante una data successiva rispetto alla presentazione dell'offerta, avvenuta pertanto senza una previa quantificazione dei costi delle attrezzature.

Irrisorio inoltre sarebbe l'utile di impresa, quantificato in € 25.535,12 pari allo 0,043%, percentuale di utile del tutto simbolica, che disvelerebbe l'inattendibilità dell'offerta stessa.

9. Le parti, in vista della discussione del merito del ricorso, hanno prodotto articolate memorie difensive ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo nei rispettivi assunti.

In particolare la stazione appaltante, nel rilevare l'infondatezza anche del ricorso per motivi aggiunti, ha controdedito in ordine al contestato vizio di incompetenza articolato con riferimento alla verifica del possesso dei requisiti, deducendo che la stessa, prima dell'aggiudicazione, competesse al RUP, esaurendosi l'attività del seggio di gara nella verifica iniziale relativa ai documenti presentati, come peraltro evincibile dal disciplinare di gara.

Ha controdedito anche in ordine all'asserita incongruità dell'offerta di-OMISSIS-e al difetto di motivazione relativa al giudizio di verifica dell'anomalia, richiamando la giurisprudenza in materia circa la limitata sindacabilità di siffatto giudizio, alla possibilità di motivazione per *relationem* e del carattere globale e sintetico del giudizio medesimo.

La società ricorrente ha insistito sulla fondatezza di tutti i motivi di ricorso, evidenziando in particolare, quanto all'omissione dichiarativa relativa alla sentenza penale di condanna emessa a carico dell'ex socio di maggioranza, cessato dalla carica nell'anno antecedente all'indizione della gara, come il triennio rilevante precedente a detta indizione, ex art. 80 comma 10 bis d.lgs. 50/2016, dovesse computarsi non dalla data della commissione del fatto o dal relativo accertamento, come sostenuto dalla difesa delle controparti, ma dal passaggio in giudicato della sentenza, come evincibile *claris verbis* da tale disposto normativo, per cui il triennio non avrebbe ancora cominciato a decorrere, essendo stata la sentenza impugnata in appello per stessa ammissione della -OMISSIS-

10. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 26 ottobre 2021, sulle conclusioni rassegnate dalle parti.

11. In via preliminare va delibata la questione relativa all'irricevibilità del ricorso formulata dall'Amministrazione resistente.

12. La stessa va disattesa avuto riguardo alla circostanza che, in relazione all'ammissione dell'aggiudicataria, atto impugnabile immediatamente lesivo, a seguito della soppressione del rito superaccelerato di cui ai commi 120 commi 2 bis e 6 bis ad opera dall'art. 1, comma 22, lett. a), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, è unicamente la delibera di aggiudicazione, con decorrenza del termine per impugnare dalla data di comunicazione della pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva (ex multis, da ultimo, T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. II, Sent., 17-05-2021, n. 1562), salva l'ipotesi in cui la parte ricorrente presenti nel termine di rito di quindici giorni richiesta di accesso agli atti di gara non pubblicati, essendo altrimenti postergata la decorrenza del termine per l'impugnativa dall'esitazione dell'istanza di accesso (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 12 del 2020).

L'art. 120, comma 5, del codice processuale reca infatti specifiche disposizioni sulla rilevanza della comunicazione e della pubblicazione degli atti.

In particolare, come evidenziato dall'ordinanza di rimessione e dall'Adunanza plenaria con il citato arresto giurisprudenziale, la disposizione fa però tuttora riferimento agli artt. 79 e 66 del "primo codice dei contratti" (d.lgs. n. 163 del 2006) e il difetto di coordinamento ha creato non pochi problemi interpretativi, in considerazione della non perfetta corrispondenza tra l'art. 76 del codice contrattuale vigente e l'art. 79 di quello del 2006 (che prevedeva specifiche regole in tema di accesso, opportunamente utilizzate dalla giurisprudenza a garanzia di una maggiore effettività di tutela, irragionevolmente non riprese nel codice del 2016) e tra le rispettive disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza.

Il Consiglio di Stato ha dovuto quindi compiere un'importante opera di ricostruzione sistematica, auspicando in un intervento normativo.

La sentenza ha in primo luogo rilevato che l'art. 120, comma 5 – ispirandosi al principio della effettività della tutela giurisdizionale delle imprese interessate – ha disposto che il termine per l'impugnazione comincia a decorrere da una "data oggettivamente riscontrabile", da individuare:

- da un lato, sulla base degli "incombenti formali ex lege" cui è tenuta l'Amministrazione aggiudicatrice (connessi alla disciplina sullo "stand still", contenuta dapprima nell'art. 11 del 'primo codice' e poi nell'art. 32, comma 9, del 'secondo codice');

- dall'altro lato, sulla base del criterio della normale diligenza per la conoscenza degli atti, cui è tenuta l'impresa che intenda proporre il ricorso.

Il supremo Collegio ha quindi ricordato che, per la determinazione di tale data, il c.p.a. ha fissato tre regole:

a) per l'impugnazione degli atti "concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture", incluse le aggiudicazioni, ha fatto riferimento alla data di "ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" (recante il titolo 'informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni'), attribuendo, dunque, rilievo decisivo al rispetto delle previsioni dell'art. 79;

b) per l'impugnazione dei bandi e degli avvisi 'con cui si indice una gara, autonomamente lesivi', ha richiamato la data di 'pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8' del medesimo d.lgs. n. 163 del 2006, attribuendo, dunque, analogo rilievo a tale pubblicazione;

c) "in ogni altro caso", ha disposto che va accertata la conoscenza dell'atto.

Per i casi previsti dalle lettere a) e b), l'art. 120 ha attribuito dunque rilievo decisivo al compimento delle "informazioni" e delle "pubblicazioni" che l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad effettuare.

Quanto alle prime, l'Adunanza plenaria ha ritenuto potersi fare riferimento all'art. 76 del nuovo codice contrattuale, che impone di "informare tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione", e di comunicare, entro un termine massimo di 5 giorni: a) l'aggiudicazione al concorrente che segue in graduatoria e a tutti i candidati non definitivamente esclusi; b) l'esclusione ai relativi destinatari; c) la decisione di non aggiudicare un appalto o non concludere un accordo quadro a tutti i candidati; d) la data di avvenuta stipulazione del contratto ai soggetti di cui alla lettera a); e comunicare, entro 15 giorni dalla sua eventuale richiesta scritta, ad ogni offerente escluso i motivi di rigetto della sua offerta, ad ogni candidato escluso i motivi di rigetto della sua domanda di partecipazione, ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata le

caratteristiche e i vantaggi di quella selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro e ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti. A quest'ultimo riguardo, la sentenza ha chiarito che, in assenza delle disposizioni speciali dettate dall'art. 79 del 'primo codice', trovano applicazione, con riferimento all'accesso, le disposizioni generali sull'accesso informale agli atti amministrativi, previste dall'art. 5 del Regolamento approvato con il d.P.R. n. 184 del 2006. Ne consegue che "l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) - va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza [prima soluzione] per la quale, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti".

Il ricorso deve pertanto considerarsi tempestivo, avuto riguardo alla circostanza che la comunicazione ex art. 76 comma 5 d.lgs. 50/2016 dell'avvenuta aggiudicazione definitiva di cui alla determina n. 834 del 17.5.2021 è stata effettuata a parte ricorrente con nota del 4 giugno 2021 n. 13255, a nulla rilevando pertanto la conoscenza di atti prodromici non immediatamente impugnabili; ciò senza mancare di rilevare che la parte ricorrente, pur avendo richiesto tempestivamente l'accesso, ha impugnato la delibera di aggiudicazione ancor prima di conoscere tutti gli atti di gara, tanto da avere proposto successivamente ricorso per motivi aggiunti, all'esito del deposito di tutti gli atti da parte della P.A., in ottemperanza tra l'altro alla disposta istruttoria.

Il ricorso deve pertanto considerarsi tempestivo, in quanto proposto nei termini di rito dalla comunicazione ex art. 76 d.lgs. 50/2016 dell'avvenuta aggiudicazione alla controinteressata.

Ed invero è pacifico che, nelle gare pubbliche, l'atto di aggiudicazione definitiva presenta una sua autonomia decisoria che lo rende l'unico atto della serie procedimentale dotato di specifica portata lesiva con la conseguenza, che, ai fini della sua impugnazione, non rileva la mancata impugnazione dei precedenti atti preparatori ed endoprocedimentali, privi di altrettanto autonoma valenza lesiva e provvedimentale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6/5/2015, n. 2274). Peraltro, con specifico riferimento all'ammissione, come innanzi rilevato, è intervenuta l'abrogazione del comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., che aveva anticipato l'onere dell'impugnazione della stessa imponendo, a pena di inammissibilità delle censure postume, la immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano - e possono, dopo l'abrogazione della disposizione - essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28/01/2021, n. 860).

13. Ciò posto, i motivi del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti possono esaminarsi in ordine logico, avuto riguardo alla loro connessione oggettiva, ovvero con riferimento alle asserite omissioni/falsità dichiarative in relazione alle informazioni omesse, vagliando quindi successivamente ed unitariamente le censure, contenute nel ricorso introduttivo e nel ricorso per motivi aggiunti, relative al giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta.

14. Va peraltro evidenziato preliminarmente come i motivi relativi alle asserite omissioni/falsità dichiarative vanno esaminati alla luce del noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020.

L'Adunanza Plenaria ha infatti tracciato i seguenti principi di diritto:

1) 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; 2) la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; 3) uguali conclusioni valgono per l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; 4) 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.

Alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate con l'indicata sentenza dell'Adunanza Plenaria, deve pertanto escludersi che le dichiarazioni non veritiere ovvero incomplete, che nella prospettiva attorea la controinteressata avrebbe reso in sede di partecipazione alla gara in ordine alla sua affidabilità professionale, integrino un'ipotesi di automatismo espulsivo e siano inquadrabili nella fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. f) - bis d.lgs. 50/2016.

Ed invero con l'indicato arresto giurisprudenziale la Plenaria ha unificato le ipotesi di false dichiarazioni a quelle di omissioni dichiarative, laddove le stesse possano incidere sul giudizio di ammissione della stazione appaltante, inquadrandole nella fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) (ora c - bis).

Dette dichiarazioni false, fuorvianti, omesse, pertanto, vengono in rilievo solo se incidenti sull'integrità ed affidabilità professionale dell'operatore economico, risultando così privata di reale contenuto la successiva lettera f-bis) dell'art. 80, la cui fattispecie assume carattere residuale rispetto alle ipotesi di falso non rientranti nella previsione della lett. c) [id est, c-bis)] della medesima disposizione.

Ne deriva che l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene a restringersi alle ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relative al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c) bis.

Peraltro, l'attuale formulazione dell'art. 80, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, estendendo di fatto l'ambito di discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuazione dei fatti significativi dell'inaffidabilità del concorrente, non individuati a monte, e nella concreta valutazione di "rilevanza" a detti fini, imposta dalla stessa non automaticità della esclusione, finisce peraltro per limitare il sindacato giurisdizionale ai consueti limiti di verifica *ab extrinseco* propri di ogni sindacato sulla discrezionalità amministrativa, senza che il giudice possa sostituire il proprio al convincimento dell'Amministrazione e senza che, attraverso tale surrettizia sostituzione, possano riprodursi nell'ordinamento ipotesi di esclusione automatica, reiteratamente stigmatizzate dalla giurisprudenza eurolunitaria.

Come affermato dalla consolidata giurisprudenza sul punto, "poiché la norma contiene concetti giuridici indeterminati, tra cui, in primis, quello di "gravi illeciti professionali", la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante con un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza di condotte illecite di gravità tale da compromettere l'affidabilità o l'integrità dell'appaltatore; di conseguenza, il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della non pretestuosità della valutazione e non anche della sua condivisibilità" (Cons. di Stato, V, n. 1367/2019; III, n. 6786/2018, ex pluris), indirizzo peraltro in linea con quanto affermato, per altro verso, dalla Cassazione a sezioni unite che, nel delimitare i limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, l'ha esclusa ove l'oggetto della decisione consista in "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" (n. 2312/2012) e che dunque confermano che il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, in subiecta materia, è limitato ad "una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'Amministrazione" (cfr. Cons. di Stato, Ad. Pl. n. 16/2020).

Non a caso le linee guida ANAC n. 6 (recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice") rammentano che "Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nella presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento", non senza richiamare la valenza solo "esemplificativa" e non tassativa dell'elencazione operata delle fattispecie indicate.

Gli obblighi dichiarativi assumono pertanto valenza ancillare e strumentale ad un consapevole esercizio della potestà discrezionale demandata alla Amministrazione per effetto della clausola generale, residuale e di chiusura di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/16, e funzionale alla esclusione dalla gara delle imprese concorrenti che non offrano idonee garanzie di integrità e di affidabilità a cagione di precedenti condotte lato sensu illecite (TAR Campania, I, 27 novembre 2020, n. 5585).

In altre parole il giudizio sulla violazione degli obblighi informativi e dichiarativi ex lettera c-bis) -ancillari e strumentali allo scrutinio circa la sussistenza di gravi illeciti professionali - assume coerentemente, e specularmente, la medesima natura discrezionale, e per ciò stesso demandata alla Amministrazione, che pacificamente connota l'officium volto alla allegazione e alla dimostrazione da parte dell'Amministrazione di tali violazioni professionali ex lettera c) (in tal senso, questo T.A.R. Campania, sez. VI, n. 1301/2021).

Trova vieppiù conferma pertanto la prospettiva esegetica che connota in termini di stretta strumentalità gli obblighi informativi gravanti in capo ai partecipanti alla procedura (CdS, V, 19 febbraio 2021, n. 1496 sulla scia di CdS, A.P., n. 16/20; cfr. già TAR Lombardia, Milano, I, 15 novembre 2019, n. 2421; TAR Campania, Napoli, I, 5585/20, cit.).

Quel che conta pertanto è la rilevanza delle informazioni da rendere (cd. “material information”), id est la loro idoneità ad incidere sull’officium deliberativo e sul processo decisionale della stazione appaltante, prodromico alle scelte afferenti alla ammissione ovvero alla esclusione degli operatori dalla gara.

15. Ciò posto, nel merito, la ricorrente contesta in primis, con i primi quattro motivi del ricorso introduttivo, che, in ragione della asserita falsità delle dichiarazioni rese dalla controinteressata, o comunque della mancata rappresentazione di circostanze anche sopravvenute di cui l’Amministrazione avrebbe dovuto essere edotta, la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in via automatica in applicazione del disposto di cui all’art. 80 comma 5 lett. f) bis del d.lgs. 50/2016.

Alla luce delle indicate linee ermeneutiche devono pertanto essere disattesi tali primi quattro motivi in quanto evidentemente intesi a ricondurre l’ipotesi di false/omesse informazioni relative all’affidabilità professionale rese in sede di partecipazione alla gara ad un automatismo espulsivo, ascrivibile all’ipotesi di cui all’art. 80 comma 5 lett. f) bis, non più predicabile a seguito del citato intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dovendosi rimettere al giudizio valutativo di carattere eminentemente discrezionale della stazione appaltante la valutazione di incidenza della dichiarazione non veritiera, omessa, fuorviante in termini di affidabilità professionale del partecipante alla procedura di gara.

Peraltro le stesse censure vanno disattese anche laddove intese, secondo quanto evincibile dal sesto motivo del ricorso introduttivo, a denunciare la violazione del menzionato art. 80 comma 5 lettera c bis, ai sensi di quanto di seguito precisato, non rinvenendosi un obbligo dichiarativo rilevante in ordine alle informazioni omesse indicate da parte ricorrente, dovendo l’obbligo dichiarativo circoscriversi alle sole informazioni idonee ad incidere sul giudizio della stazione appaltante relativo all’affidabilità professionale del concorrente e pertanto a quelle informazioni che, ove conosciute, avrebbero potuto determinare l’esclusione della concorrente dalla procedura di gara, secondo quanto in precedenza indicato.

Infatti il contegno patologico contemplato all’art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. 50/2016 (omissione, reticenza ovvero trasmissione di informazioni false o fuorvianti) in tanto può assumere effettiva significanza in quanto l’informazione in questione (rectius, la sua corretta, completa ed esatta rappresentazione) possa e debba ragionevolmente entrare nella sfera di conoscenza/conoscibilità di una “diligente” stazione appaltante, al fine di:

- consentirle una consapevole formazione della volontà;
- correttamente orientarne le determinazioni;
- assicurare, in definitiva, il corretto e trasparente espletamento della procedura concorsuale.

In altre parole, l’estensione dell’obbligo dichiarativo è specularmente legata a quella delle cause di esclusione, ovvero di “potenziale” esclusione (cfr., CdS, V, 5 maggio 2016, n. 1812).

Questo TAR non ignora l’esistenza di statuizioni giurisdizionali, in forza delle quali i concorrenti “devono dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l’effettiva rilevanza di tali episodi sul piano della ‘integrità professionale’ dell’operatore economico” (CdS, III, 22 maggio 2019, n. 3331; CdS, V, 24 gennaio 2019, n. 591; Id. id., 3 settembre 2018, n. 5142); di talché “non è configurabile in capo all’impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l’obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, V, n. 4532/2018; n. 3592/2018; n. 6530/2018); vale a dire, non è possibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione (cfr. Cons. Stato, V, n. 1935/2018), così da nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara (cfr. Cons. Stato, III, n. 4192/2017; n. 6787/2018); al contrario, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili, e di ciò deve farsi carico l’operatore economico, il quale, se si rende mancante in tale onere, può incorrere in un grave errore professionale endoprocedurale” (CdS, V, n. 5142/2018).

E, tuttavia, va in questa sede affermato, coerentemente con quanto sopra esposto, che la latitudine ed intensità degli obblighi di collaborazione del partecipante alla gara - funzionali pur sempre a consentire l’esercizio della potestà discrezionale di esclusione, condizionato alla prova di gravi illeciti professionali pur sempre gravante in capo alla stazione appaltante -, che si inscrivono nell’alveo dei generali principi di buona

fede, correttezza, lealtà e trasparenza, non può che attestarsi alle soglie della ragionevole “esigibilità” del contegno, da escludersi in nuce nel caso in cui la esistenza stessa dell’obbligo sia oggettivamente non percepibile, in quanto non discendente dalle norme né, tampoco, individuata o lueggiata nella *lex specialis* (in tal senso questo T.A.R. Campania, sez. VI, n. 1301/2021 cit.).

15.1. Ed invero, quanto all’omessa dichiarazione di precedenti esclusioni di cui ai primi due motivi di ricorso, avvenute per non avere la ricorrente dichiarato in precedenti gare la condanna (non definitiva) adottata a carico dell’ex socio di maggioranza per il reato di estorsione, deve evidenziarsi come ad avviso della Sezione non ricorresse alcun onere dichiarativo, avuto riguardo a quell’orientamento giurisprudenziale, condiviso della Sezione, secondo il quale il partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all’ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conclude – all’interno della procedura di gara in cui è maturata (in termini, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 3/02/2021 n. 1000: in senso analogo, Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 26 luglio 2018, n. 4594). Opinando diversamente sarebbe ravvisabile un onere dichiarativo rilevante ex se, con una indefinita protrazione di efficacia “a strascico” del primo provvedimento, per cui l’esclusione da una gara potrebbe generare l’esclusione dall’altra e così via in un rimbalzo continuo da una procedura all’altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490; rammenta i precedenti sulla questione, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1906).

In realtà, il provvedimento di esclusione – come una pronuncia civile (es. di risoluzione di precedente contratto di appalto per inadempimento) o penale (es. che accerti la commissione di un reato da parte di amministratori della società partecipante alla procedura anche solo allo scopo di applicare una misura cautelare o solamente la prospetti all’esito dell’attività di indagine disponendo il rinvio a giudizio) – andrebbe dichiarato non tanto ex se ma allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all’esito della quale è stato adottato; è quest’ultima che la stazione appaltante è tenuta ad apprezzare - avuto riguardo alla funzione ancillare dell’informazione omessa nell’ipotesi di esclusione determinata da omissione dichiarativa - 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.

Il provvedimento di esclusione vale pertanto al più come “adeguato mezzo di prova” per le circostanze ivi rappresentate e la documentazione cui è fatto rinvio per dirle provate.

15.2. Pertanto l’omessa dichiarazione relativa ad una precedente esclusione derivata a sua volta da omissione dichiarativa, ad avviso della Sezione - fermo restando il richiamo a quell’orientamento giurisprudenziale secondo il quale non vanno dichiarate le precedenti esclusioni fondate su omissioni dichiarative - non assume comunque alcuna rilevanza, avuto riguardo al carattere ancillare dell’informazione omessa, laddove:

- Il fatto che non era stato dichiarato nella precedente gara – conducendo pertanto all’esclusione - è stato per contro dichiarato nella gara di cui si controverte;

- Il fatto non dichiarato nella precedente gara e che in tale sede assumeva rilevanza ai fini della valutazione dell’affidabilità professionale, tanto da determinare l’esclusione, nella gara di cui si controverte non doveva essere dichiarato, in quanto fuori dall’ambito temporale di rilevanza dell’illecito professionale.

Nell’ipotesi di specie il fatto omesso nelle precedenti gare, che avevano determinato l’esclusione della società controinteressata, per quanto dedotto da parte ricorrente, atteneva alla condanna penale inflitta all’ex socio di maggioranza per il reato di estorsione, fatto in relazione al quale non sussisteva per contro l’onere dichiarativo nella procedura de qua, secondo quanto di seguito precisato.

16. Può quindi passarsi alla disamina, per logicità sistematica, del terzo e sesto motivo di ricorso, riferiti per un verso alla invocata doverosa automaticità dell’esclusione ex art. 80 comma 5 lett. f) bis d.lgs. 50/2016, per altro verso, in subordine, alla potenzialità dell’esclusione, rimessa all’apprezzamento valutativo della stazione appaltante, ex art. 80 comma 5 lett. c) bis d.lgs. 50/2016, per avere la società controinteressata omesso di riferire in ordine alla condanna subita dall’ex socio di maggioranza per il reato ex art. 629 c.p.c.. In entrambi i casi sarebbe illegittimo il provvedimento di aggiudicazione, nel primo caso reso nei confronti di un concorrente che avrebbe dovuto essere automaticamente escluso per non aver reso una dichiarazione obbligatoria, nel secondo caso in carenza di idonea istruttoria e comunque di motivazione sulla ritenuta, per contro, irrilevanza dell’omissione dichiarativa ai fini della valutazione di affidabilità del concorrente.

Ed invero, nella prospettazione attorea, il soggetto condannato sarebbe stato socio di maggioranza nell’anno antecedente all’indizione della gara de qua e, in considerazione del rilievo che la condanna era stata

comminata con sentenza di primo grado, oggetto di appello, il triennio preso in considerazione dell'art. 80 comma 10 bis d.lgs. 50/2016 non sarebbe ancora decorso, per non essere intervenuto il giudicato; pertanto, avuto riguardo a questi due profili, si rendeva doverosa la sua dichiarazione in sede di partecipazione alla procedura de qua.

16.1. Al riguardo va osservato, quanto al primo profilo, che non corrisponde al vero quanto di contro affermato dalla resistente amministrazione circa il fatto che l'ex socio di maggioranza, colpito dall'indicata sentenza di condanna del GUP del Tribunale di Avellino del 24 marzo 2016, avesse cessato di essere socio in data antecedente all'ultimo anno dalla pubblicazione del bando, atteso che il bando della procedura de qua è stato pubblicato, con le rettifiche intervenute sul disciplinare di gara e sul modello di partecipazione, in data 5 dicembre 2019 sulla G.U.E. e in data 6/12/2019 sulla G.U. - con l'indicazione del termine ultimo per la ricezione delle offerte al 15 gennaio 2020 - e il soggetto condannato, sebbene avesse effettivamente dismesso la qualità di socio in data 9 ottobre 2018, (cfr., al riguardo, il provvedimento della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera n. 161 del 2018 e determina di esclusione n. 1376 del 15 novembre 2018 del Consiglio Regionale della Campania), ha successivamente riacquisito in data 15 ottobre 2018 la nuda proprietà delle quote sociali, lasciate solo in usufrutto alla madre, rimanendo pertanto in ogni caso "socio sovrano" (cfr., al riguardo, la sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 7471/2020).

Dalla visura storica della società prodotta in atti dalla ricorrente si evince per contro che l'indicato soggetto abbia cessato di essere socio della -OMISSIS- in data 20 giugno 2019, allorquando è divenuto socio unico la società HCM s.p.a. e pertanto come nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando della gara de qua fosse effettivamente ancora socio di maggioranza il soggetto colpito dall'indicata sentenza penale di condanna del 24 marzo 2016 del Gup del Tribunale di Avellino per il reato di cui all'art. 629 c.p., commesso in danno di taluni dipendenti.

16.2. Ciò posto, tuttavia, non può tralasciarsi di considerare, ai fini della disamina della sussistenza dell'onere dichiarativo, in relazione al secondo profilo posto di evidenza da parte ricorrente, come detta condanna (del 24 marzo 2016) sia effettivamente intervenuta oltre il triennio precedente la pubblicazione del bando della procedura de qua agitur (5 dicembre 2019), per fatti, peraltro, risalenti al 2013.

16.2.1. Al riguardo il collegio non ignora come in relazione alla questione della rilevanza temporale delle condanne non definitive e pertanto ex se non ostative alla partecipazione alle procedura di gara - fermo restando il vaglio rimesso alla stazione appaltante circa la loro rilevanza in termini di affidabilità professionale - sia in atto una querelle giurisprudenziale, con conseguenti ripercussioni in ordine alla rilevanza delle omissioni dichiarative ex art. 80 comma 5 lett. c) bis d.lgs. 50/2016 e come da ultimo il Consiglio di Stato, con sentenza della Sez. V, 7/09/2021 n. 6233, abbia ritenuto che il fatto di reato sia rilevante ai fini della valutazione dell'affidabilità professionale nel termine di tre anni dalla commissione dello stesso.

Conclusione alla quale si è giunti, dapprima, richiamando il principio generale di proporzionalità di derivazione unionale e osservando come la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un determinato limite temporale implicasse un evidente contrasto con il principio di proporzionalità, per la possibilità riconosciuta all'amministrazione appaltante di dare rilevanza a fatti che - per il tempo trascorso - non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico (*"un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività «potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici, imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa»: in tal senso Cons. St., V, 22 luglio 2019, n. 5171; si veda anche Cons. St. V, 6 maggio 2019, n. 2895*). E poi invocando l'applicazione dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014, il quale stabilisce *"che «[i]n forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri [...] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4» (paragrafo, quest'ultimo, che - alla lett. c) - contempla la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali)*. Pertanto, per effetto della diretta applicazione della norma unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, dopo decorsi tre anni dalla data della sua commissione (cfr. Cons. St. V, 5 agosto 2020, n. 4934; V, 26 agosto 2020, n. 5228).... *"l'art. 80, comma 5, lett. c), cit., non contempla un generale limite cronologico, superato il quale i*

fatti idonei a mettere in dubbio l'affidabilità o l'integrità professionale dell'operatore economico non potrebbero assumere rilevanza come gravi illeciti professionali; gli unici riferimenti alla durata dell'effetto giuridico impeditivo della partecipazione alle procedure di gara sono contenuti nell'art. 80, comma 10 (ricollegato alla sentenza di condanna definitiva, per l'ipotesi in cui la sentenza non fissasse la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare o non fosse intervenuta la riabilitazione); e comma 10-bis, il quale – al secondo periodo, per quel che rileva nel caso di specie – prevede che «[n]ei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso». Anche quest'ultima disposizione, quindi, non prevede un limite generale di rilevanza del fatto, quale quello posto dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, ma disciplina unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell'operatore economico. La questione, in definitiva, va risolta alla luce della norma di cui all'articolo 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lett. c)], sia quella delle «false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione» [lett. h)]) non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione».

Alla norma della direttiva la giurisprudenza della Sezione ha attribuito efficacia diretta (c.d. "verticale") nell'ordinamento interno e la conseguente immediata applicabilità (si veda, in tal senso, anche Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576, con riferimento alla illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara motivata con riguardo a risoluzione pronunciata da oltre tre anni, da computarsi a ritroso dalla data del bando; nonché Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605; 12 marzo 2020, n. 1774); e ciò anche sulla scia della Corte di Giustizia dell'U.E. (la quale, nella sentenza della Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, ha ribadito che «ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione [...] detto periodo non può, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dalla data del fatto in questione»).

16.2.2. Al riguardo il Collegio condivide la statuizione contenuta in tale sentenza secondo cui alla norma della direttiva in adesione alla giurisprudenza vada attribuita diretta (c.d. "verticale") nell'ordinamento interno con la conseguente sua immediata applicabilità (si veda, in tal senso, anche Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576, con riferimento alla illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara motivata con riguardo a risoluzione pronunciata da oltre tre anni, da computarsi a ritroso dalla data del bando; nonché Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605; 12 marzo 2020, n. 1774); e ciò anche sulla scia della Corte di Giustizia dell'U.E. (la quale, nella sentenza della Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, ha ribadito che «ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione [...] detto periodo non può, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dalla data del fatto in questione»).

Pertanto, ad avviso della Sezione, sulla scia di altro orientamento del Consiglio di Stato (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 2 Febbraio 2021 n. 958), seguito pure di recente da questo T.A.R. con sentenza della Sez. VI n. 1301/2021, alla norma della direttiva de qua non può assegnarsi il senso indicato nella citata sentenza che fa decorrere il termine di tre anni dal fatto di reato, dovendo per contro assegnarsi rilievo al provvedimento (rinvio a giudizio, ordinanza di applicazione di misure cautelari, sentenza di condanna non definitiva) che abbia fatto emergere quel fatto di reato.

Come evidenziato nella citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 2 febbraio 2021 n. 958, «In primo luogo, la valenza escludente del fatto sintomatico della inaffidabilità del concorrente presuppone che esso abbia attinto, sul piano probatorio, una soglia minima di consistenza, quale può ritenersi rappresentata dalla idoneità degli elementi raccolti dal P.M. a sostenere l'accusa in giudizio (arg. ex art. 425, comma 3, c.p.p., secondo cui, all'esito dell'udienza preliminare, «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio»).

In secondo luogo, il necessario rispetto delle rispettive competenze del giudice penale e dell'Amministrazione, laddove si verta in tema di fatti penalmente rilevanti, impone che la seconda ponga a

fondamento delle sue determinazioni i soli fatti che siano stati sottoposti ad un preliminare controllo di attendibilità da parte del secondo.

Infine, milita nella stessa direzione interpretativa la simmetria ravvisabile tra la fattispecie escludente de qua e quella incentrata sull'adozione di un provvedimento di risoluzione, in relazione alla quale la giurisprudenza non dubita che il dies a quo del suddetto termine triennale coincida con la realizzazione della fattispecie risolutoria (e non con la commissione dei fatti che vi sono alla base) (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1605 del 5 marzo 2020: "deve pertanto concludersi per l'insussistenza dell'omissione dichiarativa relativa alla risoluzione del 2012 opposta a -OMISSIS-dalla sentenza appellata (peraltro ancora in via di contestazione giudiziale), in quanto avvenuta ben oltre il triennio, da computarsi come sopra, ovvero tenendo conto sia della data della risoluzione che di quella di pubblicazione del bando (14 novembre 2018), trovando applicazione il limite di operatività posto dall'art. 57, § 7 della direttiva 2014/24/UE...").

In tale solco interpretativo si è posta del resto questa Sezione allorché (cfr. sentenza n. 4192 del 5 settembre 2017) ha statuito che "per quanto riguarda la non definitività della sentenza e il decorso del termine triennale di cui all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, la tesi dell'appellante è smentita dalle stesse Linee Guida -OMISSIS-ANAC (punto 2.1.1.4), che benché entrate in vigore successivamente alla dichiarazione, valgono comunque quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), come peraltro, prevede il comma 13 dello stesso art. 80. L'ANAC ha infatti chiarito che i provvedimenti non definitivi rilevano ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/16, qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80 stesso. Con riferimento al periodo di esclusione dalle gare, l'ANAC ha precisato che "il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento". Non può quindi condividersi la tesi dell'appellante diretta a sostenere che i tre anni sarebbero decorsi in quanto correlati alla verifica del fatto storico e non alla data di adozione del provvedimento giurisdizionale. Appare, infatti, condivisibile la tesi della appellata OMISSIS, secondo cui il testo dell'art. 57, par. 7 della direttiva 2014/24/UE non implica affatto che per "data del fatto" debba intendersi la data di commissione del reato, in quanto in questo modo verrebbero meno i principi di effettività e di giustizia sostanziale. Quando l'errore professionale deriva dalla commissione di un reato, che il più delle volte viene occultato dal responsabile, la decorrenza del termine triennale di esclusione dalla data di commissione del reato, anziché dalla data del suo accertamento giurisdizionale equivarrebbe a privare di ogni effetto il precetto normativo, il che non è possibile. Inoltre, in caso di condotte reiterate nel tempo, potrebbero sussistere dubbi sull'individuazione del momento in cui inizia a decorrere il termine triennale che – invece – per propria natura deve ancorarsi ad un preciso momento storico. Infine, correttamente la difesa della società OMISSIS ha rilevato che il termine generico di "data del fatto" utilizzata dal legislatore sovranazionale discende dalla natura variegata dei fatti escludenti di cui al paragrafo 4, tra le quali sono ricomprese anche le sentenze non passate in giudicato".....Deve infatti ribadirsi che il "fatto", nella fattispecie in esame e sulla scorta della stessa definizione datane dal giudice di primo grado, è rappresentato dal provvedimento di rinvio a giudizio, e non dalla condotta penalmente rilevante nella sua materiale storicità: sì che da esso, così inteso, piuttosto che dalla futura ed eventuale sentenza definitiva di condanna, deve farsi decorrere il termine suindicato".

Ad avviso della Sezione deve pertanto seguirsi quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale "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, la mera commissione del fatto in sé, cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192), anche se non contenuto in una sentenza definitiva di condanna, come può argomentarsi tenendo conto della giurisprudenza euro-unitaria (Corte Giustizia, sez. IV, 24.10.2018, Causa C- 124/17 specialmente § 39)" (ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 31/12/2020 n. 8563).

16.2.3. Applicando tali coordinate ermeneutiche alla fattispecie de qua deve ritenersi pertanto che non ricorresse alcun onere dichiarativo in relazione alla condanna subita dall'ex socio di maggioranza della società controinteressata - sulla quale è peraltro pendente appello proposto dall'imputato - perché risalente al 24 marzo 2016, ovvero anteriore al triennio dalla pubblicazione del bando della gara de qua, effettuata, con le rettifiche intervenute sul disciplinare di gara e sul modello di partecipazione, in data 5 dicembre 2019 sulla G.U.E. ed in data 6/12/2019 sulla G.U.

16.3. Al di là di tali assorbenti rilievi deve osservarsi come non sia qui in discussione la possibilità della stazione appaltante di attribuire rilevanza, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, ad ogni tipologia di illecito che, per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente. Infatti, il concetto di "grave illecito professionale" ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa e perciò può, in concreto e a determinate condizioni, essere desunto anche da una sentenza penale non definitiva, ove sussistano ulteriori dati di fatto o elementi a disposizione della stazione appaltante, che consentano a quest'ultima di adeguatamente motivare, anche tenuto conto della natura e dell'oggetto dell'affidamento, in merito alla carenza dei presupposti di affidabilità o integrità del concorrente, nei cui confronti ritenga di applicare la sanzione espulsiva (cfr. Cons. Stato, V, 2 ottobre 2020, n. 5782).

16.3.1. Va peraltro evidenziato che il reato ascritto al socio di maggioranza non rientra tra quelli di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, né tra quelli che le Linee Guida ANAC n. 6 del 2016, come aggiornate nel 2017, fanno oggetto di onere dichiarativo, e che, come detto, neppure la legge di gara prescriveva un onere siffatto, rinviando solo alla non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016. *"Pertanto, va esclusa la consapevolezza della società circa la sicura incidenza sulla propria moralità ed affidabilità della sentenza penale non definitiva emessa nei confronti del proprio socio di maggioranza, tanto da consentire di affermare ex post la sussistenza dell'obbligo dichiarativo (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 16/2020 cit.)"* (in tal senso, Consiglio di Stato, sentenza 18 marzo 2021 n. 2350).

17. Va parimenti disatteso il quarto motivo del ricorso introduttivo, con il quale la società ricorrente, con riferimento all'omessa dichiarazione del decreto penale di condanna adottato a carico del Presidente e di un amministratore della società controinteressata, assume che ricorrerebbero sia i presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. 50/16, sia la rilevanza dell'omessa dichiarazione, perché si era sottaciuto un precedente penale che certamente incideva, quanto meno ai sensi del comma 5, lett. c), del citato art. 80 d.lgs. 50/16, sull'affidabilità dell'impresa, in quanto strettamente attinente all'attività esercitata dalla - OMISSIS- oltre che all'oggetto della gara bandita dall'Azienda Ospedaliera "San Pio".

17.1. Ed invero deve al riguardo osservarsi come non sia riscontrabile alcuna omissione dichiarativa, essendo detto decreto penale di condanna incontestatamente non conosciuto all'epoca della domanda di partecipazione alla gara per difetto di notifica, tanto è vero che i soggetti colpiti sono stati rimessi nei termini per proporre opposizione e successivamente sono stati ammessi all'oblazione ex artt. 162 bis c.p. e 464 c.p.p., con il pagamento di una somma da versare determinata in € 103,00 ciascuno, oltre a € 80,00 per spese processuali.

17.2 Il Collegio peraltro deve evidenziare che la valutazione "discrezionale" relativa alla rilevanza dell'adozione di tale decreto penale di condanna - peraltro estinto a seguito dell'intervenuta oblazione - e dell'omissione dichiarativa denunciata nel corso della procedura dalla parte ricorrente, al contrario di quanto dedotto nel quinto motivo di ricorso (che va pertanto del pari disatteso), è stata indiscutibilmente operata dalla Stazione appaltante, come evincibile dal verbale del RUP del 3 maggio 2021.

In relazione a tale decreto penale di condanna, come dedotto nel citato verbale del RUP, non era peraltro predicabile, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte della controinteressata, alcuna conoscenza, per essere la stessa intervenuta, come evincibile ex actis, solo in un momento successivo; a nulla rileva inoltre la circostanza che la controinteressata abbia dichiarato l'intervenuta adozione di detto decreto penale di condanna a distanza di notevole tempo dall'intervenuta conoscenza - secondo quanto prospettato da parte ricorrente, ma contestato dalla controinteressata - in quanto decisiva è la circostanza che la stazione appaltante sia venuta a conoscenza dell'adozione di tale decreto, relativo peraltro ad un reato contravvenzionale poi estinto con il pagamento dell'oblazione, prima dell'aggiudicazione ed abbia potuto dunque esprimere al riguardo il giudizio di affidabilità.

Ed invero, in base alla giurisprudenza, ciò che è decisivo, anche in caso di omissione dichiarativa, è soltanto che, infine, la stazione appaltante abbia avuto conoscenza della pregressa vicenda professionale e sia stata posta in grado di farne oggetto di apprezzamento ai fini del giudizio di affidabilità ed integrità dell'operatore economico (Cons. Stato, V, 4 dicembre 2019, n. 8294; id. 28 ottobre 2019, n. 7387; id., 12 aprile 2019, 2407, nonché id., V, 30 dicembre 2019, n. 8906).

Ancora le richiamate Linee guida ANAC, peraltro, si premurano di evidenziare la necessità, in sede di verifica dell'affidabilità del concorrente, di valutare "in concreto" i vari elementi, nel rispetto del principio di proporzionalità, onde pervenire ad un giudizio aderente alla ratio della norma che è comunque quella di garantire il corretto espletamento delle prestazioni oggetto dell'appalto mediante una approfondita prognosi circa la correttezza e la affidabilità, pro futuro, del contraente privato.

Tali riflessioni consentono di perimetrare entro confini ben definiti i casi in cui l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura può rilevare come causa (discrezionale) di esclusione, occorrendo a tal fine che la reticenza dichiarativa sia idonea ad essere sussunta nell'ambito delle ipotesi declinatorie del "grave illecito professionale".

La ratio della norma, dunque, come in precedenza osservato, risiede infatti nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. per evitare che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale e, dunque, al fine di assicurare alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile e corretto, secondo un giudizio espresso non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria, di selezione preventiva nella scelta del possibile contraente per il contratto in formazione (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260 e 12 aprile 2019, n. 2407; Sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

18. Vanno poi esaminati, in ordine logico, i primi due motivi del ricorso per motivi aggiunti con cui la società ricorrente contesta il giudizio contenuto nel verbale a firma del RUP del 3.5.2021 che ha ritenuto che non potesse inficiare l'affidabilità professionale della controinteressata l'omessa dichiarazione relativa all'adozione del citato decreto penale di condanna, né l'adozione di tale decreto.

18.1. Segnatamente, con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti – da esaminarsi prioritariamente in quanto di carattere assorbente ex lege secondo i principi tracciati nel noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015 -, il giudizio espresso in detto verbale sarebbe in primo luogo illegittimo per incompetenza, in quanto espresso dal RUP e non dal Seggio di gara.

La censura va disattesa in quanto detto giudizio di verifica della sussistenza dei requisiti ex art. 80 d.l.gs. 50/2016 è stato reso non al momento dell'ammissione alla procedura di gara ma al momento della verifica della sussistenza dei predetti requisiti prima di procedere all'aggiudicazione e pertanto correttamente è stato in tale fase reso del RUP, esaurendosi l'attività del seggio di gara nella verifica della documentazione amministrativa presentata con le dichiarazioni sostitutive ed il DGUE, attestanti anche il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 D.l.gs. 50/2016, e quella della commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

Nell'ipotesi di specie, peraltro, le attività demandate al seggio di gara erano evidenziate nell'art. 19 del disciplinare di gara e quelle demandate alla commissione giudicatrice nel successivo art. 20.

Pertanto la competenza a decidere sull'affidabilità professionale della controinteressata prima dell'aggiudicazione non poteva che competere al RUP ai sensi dell'art. 31 comma 3 D.lgs. 50/2016 secondo cui "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"(ex multis, al riguardo, Cons. giust. amm. Sicilia, 19/04/2021, n. 326, secondo cui "*Il RUP ha competenza generale a svolgere tutti i compiti (id est, ad adottare tutti gli atti della procedura), non soltanto operazioni di carattere materiale, ma anche attività giuridica esternata in veri e propri atti. Ai sensi dell'art. 31, comma 3 del D. Lgs. n. 50 del 2016, "il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti". La norma attribuisce al R.U.P. lo svolgimento dei "compiti", rimarcando dunque il ruolo centrale - di ausilio istruttorio e non solo - che l'organo in questione riveste nell'ambito delle procedure di gara, mentre la commissione giudicatrice è organo straordinario deputato ad un'attività di giudizio "consistente nella" e "limitata alla" "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie"*).

Pertanto legittimamente detta verifica è stata compiuta dal RUP, non essendo interessata alcuna attività valutativa relativa alle offerte tecniche ed economiche demandata alla Commissione di gara, né potendosi assimilare la verifica dei requisiti ex art. 80 d.l.gs. 50/2016 prima dell'aggiudicazione ad un contrarius actus rispetto all'ammissione compiuta dal Seggio di gara, che aveva esaurito i propri compiti ai sensi del cennato art. 19 del disciplinare di gara con l'ammissione dei concorrenti sulla base della documentazione amministrativa presentata, laddove il giudizio de quo è stato reso dal RUP a seguito della comunicazione da parte della controinteressata, nonché della segnalazione pervenuta dalla stessa parte ricorrente, in merito all'indicato decreto penale di condanna.

18.2. Va parimenti disatteso il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, con cui si intende stigmatizzare il giudizio reso dal RUP espresso nel citato verbale del 3 maggio 2021 sulla base del rilievo che la dichiarazione resa dalla controinteressata circa l'adozione del citato decreto penale di condanna sarebbe stata non spontanea e tardiva.

Ed invero, fermo restando la circostanza che alcuna prova può intendersi offerta circa l'asserita assenza di spontaneità, a nulla rileva l'eventuale ritardo con cui la stazione appaltante sarebbe stata informata in quanto, secondo quanto innanzi evidenziato, quel che rileva è la comunicazione sia stata resa prima dell'aggiudicazione definitiva, in modo da consentire alla stessa di esprimere il giudizio in merito alla sussistenza dei requisiti ex art. 80 d.lgs. 50/2016.

Peraltro, nell'ipotesi di specie, il giudizio espresso dal RUP è stato reso non soltanto in relazione all'irrelevanza dell'omissione dichiarativa in quanto emendata dalla successiva comunicazione, ma anche circa l'irrelevanza del fatto asseritamente omesso, ovvero l'adozione del citato decreto penale di condanna (*“si fa presente che il reato di cui al decreto penale di condanna, più volte richiamato, di certo, non rientra nelle fattispecie di cui all'art.80, comma 1, del D. Lgs. n.50/2016, per le quali è prevista l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara. (...) Comunque, è opportuno evidenziare che il G.I.P. del Tribunale di Nola ha ritenuto infondati gli stessi fatti oggetto del procedimento penale innanzi al Tribunale di Torre Annunziata, disponendo l'archiviazione del relativo procedimento, giusta documentazione allegata alla relazione dalla Ditta Cosmopol”*).

Il RUP, facendo proprie le coordinate ermeneutiche tracciate con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n.16 del 28.08.2020, circa la non ravvisabilità di un automatismo espulsivo in caso di false/omesse dichiarazioni relative all'affidabilità professionale del concorrente, ha inoltre correttamente evidenziato: *“Prevede, ancora il Consiglio di Stato, che la dichiarazione mancante non può essere apprezzata in quanto tale, ma solo con valutazione nel caso concreto, in relazione alle circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'affidabilità del concorrente.*

L'omissione dichiarativa chiaramente per definizione è insuscettibile di legittimare l'automatica esclusione dalla gara dell'operatore, dovendo sempre e comunque rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante ai fini della formulazione del giudizio negativo sull'affidabilità dello stesso operatore. Infine, è il caso di precisare, al fine di valutare ulteriormente l'affidabilità, che la Ditta-OMISSIS-sta svolgendo presso il P.O. "G. Rummo" di questa A.O. il servizio di gestione delle aree di sosta, custodia non armata, reception e altri servizi accessori senza che, durante il corso del relativo contratto, si siano verificati particolari problemi o ci siano state rilevanti contestazioni.

Da tutto quanto sopra esposto, il RUP ritiene di poter procedere all'aggiudicazione della gara in oggetto alla Ditta -OMISSIS-”.

19. Può quindi passarsi alla disamina del settimo motivo del ricorso introduttivo – proposto peraltro al buio prima di conoscere tutti gli atti di gara ed in particolare le giustificazioni della controinteressata rese nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta - con cui si stigmatizza il giudizio di congruità dell'offerta della controinteressata, così come integrato, all'esito della conoscenza di tutti gli atti di gara, con il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti.

In particolare, la parte ricorrente ritiene detto giudizio affetto da deficit istruttorio e motivazionale e lo ritiene incongruo con riferimento al costo del personale, che sarebbe inferiore alle tabelle ministeriali e a quello indicato dalla stazione appaltante sulla base di tali tabelle nella *lex specialis* di gara, al costo per le forniture, avuto riguardo alla circostanza che il preventivo prodotto al riguardo sarebbe privo di timbro e firma e sarebbe successivo alla presentazione delle offerte, e all'utile di impresa, in quanto eccessivamente basso.

19.1. Le censure vanno disattese, alla luce di quanto di seguito evidenziato.

19.2 In primis, va rimarcato come, nel vagliare i predetti motivi di ricorso, debba farsi applicazione del costante orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la valutazione sulla congruità dell'offerta reso dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (C.d.S., Ad. Pl., 29 novembre 2012, n. 36; V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090; Consiglio di Stato, cit., 17 gennaio 2014, n. 162; da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 13/07/2021, n. 5286, secondo cui *“In materia di gare pubbliche la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, la cui sindacabilità da parte del giudice amministrativo è circoscritta entro i limiti della rilevazione di eventuali vizi di carenza istruttoria e/o motivazionale, travisamento di fatto ed illogicità. Spetta in particolare alla parte ricorrente indicare gli elementi da cui possa evincersi l'intrinseca inattendibilità, in relazione ai profili innanzi evidenziati, della valutazione effettuata dall'Amministrazione, mentre il sindacato del giudice amministrativo non può spingersi fino al punto di sostituire quella valutazione con la propria, attraverso un sindacato di merito non esercitabile al di fuori dei casi previsti dalla legge processuale”*).

19.3. Prima di passare alla disamina della censura di insufficienza della motivazione del giudizio reso in occasione della verifica dell'anomalia dell'offerta, va poi evidenziato come il giudizio di congruità delle offerte delle prime tre graduate risultate anormalmente basse è stato reso dal RUP con l'ausilio della commissione di gara nella seduta del 2 marzo 2021, come evincibile dal relativo verbale, in cui è dato leggere: *“Preliminarmente il R.U.P. fa rilevare alla Commissione di gara, ai fini di una corretta valutazione, che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, il giudizio di non anomalia dell'offerta non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, a condizione che queste ultime siano congrue ed adeguate.*

In particolare, la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile e affidabile nel suo complesso.

Il R.U.P., quindi, con il supporto della Commissione di gara, presa visione della documentazione pervenuta, procede a verificare le spiegazioni fornite dalla richiamate ditte concorrenti -OMISSIS-, -OMISSIS-L'Investigatore &-OMISSIS-S.S.D. S.r.l..

Il R.U.P. — Commissione di gara, quindi, in base alle verifiche effettuate:

-Verificato, ai sensi dell'Art. 97 del D.Lgs n.50/2016, che le offerte dei concorrenti -OMISSIS-, -OMISSIS-L'Investigatore &-OMISSIS-S.S.D. S.r.l. sono ritenute congrue e quindi, "non anomale" per i seguenti motivi:

"Le spiegazioni esposte nelle relazioni giustificative, relative ai vari costi che concorrono a formare l'offerta complessiva sono esaustive".

Per il dettaglio analitico delle singole voci, si rinvia integralmente alla documentazione giustificativa delle offerte ed alle motivazioni in essa contenute".

Alcun difetto di motivazione pertanto appare ravvisabile atteso che, secondo la costante giurisprudenza in materia (ex multis, da ultimo, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 19/07/2021, n. 746), *“In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non sussiste in capo alla stazione appaltante alcun obbligo di motivazione specifica laddove la stessa non esprima un giudizio di incongruità dell'offerta atteso che è necessario un giudizio particolarmente motivato, solo nell'ipotesi in cui la valutazione di anomalia o meno di un'offerta risulti di segno negativo, ossia esiti, a seguito dell'esame delle giustificazioni prodotte dall'impresa aggiudicataria in sede procedimentale ovvero acquisite in seno al subprocedimento delineato dall'art. 97, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, in un giudizio finale di non congruità; qualora, invece, il giudizio risulti di segno positivo, come nel caso di specie, dichiarandosi la congruità e bontà dell'offerta e la conseguente aggiudicazione, non si richiede l'assolvimento di un onere di rigorosa motivazione, potendo la positiva valutazione dell'Amministrazione (ovvero della Commissione appositamente nominata) essere operata anche per relationem alle giustificazioni prodotte, specie ove le stesse si presentino puntualmente motivate”* (in senso analogo, Cons. Stato, Sez. V, 30/04/2020, n. 2761, secondo cui *“In merito alla sospetta anomalia dell'offerta, nelle gare pubbliche, la valutazione favorevole della stazione appaltante circa le giustificazioni fornite dall'impresa concorrente non richiede un particolare onere motivazionale e la motivazione per relationem deve ritenersi sufficiente in caso di positiva valutazione di congruità di una presunta offerta anomala”*).

19.4. Vanno pertanto analizzate le censure circa il difetto di istruttoria della ritenuta congruità dell'offerta e della conseguente erroneità del giudizio di congruità, avuto riguardo ai tre aspetti evidenziati da parte ricorrente nel terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, dovendosi peraltro in via preliminare evidenziare come non debba attribuirsi rilevanza, ai fini della valutazione di congruità dell'offerta, alla distinzione dei costi, atteso che, secondo la costante giurisprudenza, *“la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono”* (A.P. n. 36/2012; Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314; id. 1 ottobre 2010, n. 7262; id. 11 marzo 2010 n. 1414; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710; Cons. Stato, Sez. III, Sent., 14-05-2021, n. 3817).

Pertanto ciò che interessa, al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente.

Il giudice amministrativo, infatti, non può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta "sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto,

poiché, così facendo, il Giudice invaderebbe una sfera propria della P.A." (C.d.S., IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631; Consiglio di Stato, Sezione V, 17 gennaio 2014, n. 162).

19.5. Ciò posto, va in primo luogo disattesa la censura riferita all'incongruità del costo indicato per il personale, avuto riguardo alla circostanza che lo scostamento attiene a poco meno di diecimila euro rispetto al costo indicato dalla stazione appaltante sulla base della lex specialis di gara, formulato sulla base delle tabelle ministeriali.

Ed invero deve al riguardo farsi applicazione del costante orientamento giurisprudenziale (ex multis, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 13/07/2021, n. 5286) secondo il quale *"In materia di requisiti delle offerte nelle gare pubbliche, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, per cui l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità, ma occorre che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta: ciò in quanto le tabelle ministeriali indicano il "costo medio orario" del lavoro elaborato su basi statistiche e non costituiscono, dunque, un limite inderogabile per gli operatori economici, essendo ben possibile che il costo "proprio" del singolo operatore economico sia diverso dal costo medio"*; in senso analogo, Cons. Stato, Sez. V, 04/05/2020, n. 2796, secondo cui *"Il riferimento alle ridette tabelle ministeriali sul "costo del lavoro" assume, a dispetto della formula linguistica alquanto impropriamente adoperata all'art. 97, comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, il valore di espressione del "costo medio orario" del lavoro, elaborato (come già previsto dall'art. 86, comma 3 bis del d. lgs. n. 163/2016) su basi statistiche: onde esse non rappresentano (a differenza delle retribuzioni minime) un limite inderogabile per gli operatori economici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta. Questa conclusione è avvalorata dal richiamato art. 95, comma 10 che - evocando l'indicazione di "propri" costi di manodopera - sottende, con ogni evidenza, il carattere non rigido e, quindi, soggettivamente modulabile, della relativa articolazione: con il corollario che il mero scostamento dai dati tabellari, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un automatismo espulsivo, rilevando solo se obiettivamente sproporzionato, concretamente ingiustificato e presumibilmente idoneo a compromettere la (complessiva) affidabilità dell'offerta"*.

Nell'ipotesi di specie, la controinteressata, nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, aveva dato esauriente giustificazione del minore costo del personale per le assenze, avuto riguardo al minore assenteismo presente nella realtà aziendale, come evincibile dalle statistiche aziendali, come certificato dal consulente del lavoro; detta giustificazione non può ritenersi incongrua, avuto riguardo al rilievo che, come evidenziato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 13/07/2021, n. 5286 cit.), *"Nelle gare pubbliche, in tema di offerta, le tabelle ministeriali, ai fini della determinazione del costo medio orario, includono: voci obbligatorie, incompressibili e indisponibili (minimi contrattuali conglobati mensili, Inps, Inail, TFR, Assistenza sanitaria integrativa) e voci convenzionali, la cui incidenza può diversamente configurarsi a seconda delle condizioni individuali del lavoratore (scatti di anzianità, tasso di assenteismo) e dell'organizzazione del lavoro (indennità di turno notturno, indennità per festività, lavoro supplementare, lavoro straordinario)"*.

Infatti nelle giustificazioni presentate si è rappresentato come il costo del lavoro sia stato rideterminato sia in aumento che in diminuzione rispetto alle tabelle ministeriali solo con riferimento alle voci comprimibili. In particolare, quanto alle assenze, si è evidenziato come *"Le assenze per Assemblee, permessi sindacali e per motivi di studio nonché quelle per malattia, Infortuni e Maternità sono state valorizzate riproporzionando le opere indicate in tabella in 7 e 98 ore, sulla scorta delle statistiche aziendali dell'ultimo triennio, come da certificazione asseverata del Consulente del Lavoro che si produce nell'Allegato 5"*.

Ciò posto, la censura non merita accoglimento atteso che, come evidenziato nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 4/05/2020 n. 02796, *"Con riferimento alla contestata valorizzazione del dato statistico aziendale relativamente all'assenteismo per malattia, gravidanza, infortunio o permesso a vario titolo, il Collegio osserva che - in assenza di macroscopici errori di valutazione - solo uno scostamento vistoso e significativo dalle indicazioni parametriche delle tabelle ministeriali avrebbe potuto indurre, a fronte del carattere complessivo e globale dell'apprezzamento della struttura dei costi, a ritenerne l'inadeguatezza (Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; non diverso, sul punto, l'intendimento di Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2019, n. 90, pur richiamata dall'appellante quale precedente favorevole, che, in effetti, postula uno scostamento "veramente significativo" e concretamente "vistosissimo", non dimostrato nella fattispecie in esame)"*.

19.6. Parimenti la censura va disattesa con riferimento al costo per forniture, essendosi la parte ricorrente limitata a far leva sul dato formale dell'assenza di timbro e firma sul preventivo presentato, recante peraltro una data successiva rispetto a quella dell'offerta, senza dimostrare l'incongruità del costo in parte qua, che peraltro, avuto riguardo al carattere sintetico e globale del giudizio da rendersi in sede di verifica dell'anomalia, ben potrebbe essere assorbito in parte dall'utile di impresa pari ad euro 25.535,12.

19.7. Parimenti da disattendere è la censura riferita all'incongruità dell'utile di impresa, avuto riguardo alla circostanza che, secondo la costante giurisprudenza, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Consiglio di Stato, sez. V, 27/09/2017, n. 4527; Cons. St., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2556; Id., 13 febbraio 2017, n. 607; Id., 25 gennaio 2016, n. 242; Id., sez. III, 3 novembre 2016, n. 4671; Consiglio di Stato, sez. III, 14-05-2021, n. 3817).

20. In considerazione dell'infondatezza di tutte le censure, il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti vanno rigettati.

21. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese ed in particolare all'esistenza di orientamenti giurisprudenziali di segno diverso in relazione alla rilevanza, ai fini della formulazione del giudizio di affidabilità professionale, dell'omessa dichiarazione di precedenti esclusioni determinate da omissioni dichiarative ed in merito alla decorrenza del termine triennale di rilevanza dei fatti di reato ancora *sub iudice*, per non essere intervenuta una sentenza di condanna definitiva, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite, ferma restando la debenza del contributo unificato a carico di parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - NAPOLI (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, rigetta il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti.

Compensa le spese di lite, ferma restando la debenza del contributo unificato a carico di parte ricorrente.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di parte controinteressata.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Fabio Maffei, Referendario

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

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