

Pubblicato il 17/05/2022

N. 03861/2022REG.PROV.COLL.

N. 06034/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 6034 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero della difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Direzione di intendenza della Marina Militare, Ufficio contratti, non costituito in giudizio;

***nei confronti***

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione prima *bis*) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 24 febbraio 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e preso atto della richiesta di passaggio in decisione depositata dall'avvocato Carbone;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### FATTO

La Marina Militare - Direzione di intendenza di Roma indiceva una procedura negoziata "sottosoglia", ex art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per l'affidamento in concessione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi della sezione -OMISSIS- dipendenti della Difesa sito in Roma, per il periodo di un anno rinnovabile fino a un massimo di tre anni. Disponeva nell'art. 9 del disciplinare di gara che *"I soggetti partecipanti non devono avere debiti pendenti nei confronti della Pubblica Amministrazione e del Demanio, anche in relazione al mancato versamento di canoni, oneri e indennità pregresse, a pena di immediata esclusione dalla presente gara. L'esclusione avverrà comunque in tutti i casi in cui, a seguito di controlli, dovessero emergere partite debitorie insolute in data antecedente alla partecipazione a questa gara. Pertanto gli operatori partecipanti dovranno autocertificare, ai sensi del DPR 445/2000, il suddetto requisito afferente all'assenza di debiti pregressi con la Pubblica Amministrazione e il Demanio con particolare riguardo al mancato versamento di canoni, oneri e indennità pregresse"*.

La -OMISSIS- partecipava alla procedura dichiarando di non avere debiti pendenti nei confronti della pubblica amministrazione e del Demanio.

Nel corso delle operazioni di gara emergeva che la società, quale gestore degli impianti sportivi del predetto Circolo sulla base di scritture private sottoscritte nel corso degli anni 2018 e 2019, a fronte della richiesta dell'Agenzia del demanio di

Roma del pagamento dei relativi oneri, non aveva assolto l'obbligazione, promuovendo al riguardo un contenzioso presso il Tribunale civile di Roma: con atto del 29 gennaio 2021 la società era quindi esclusa dalla procedura ai sensi del citato art. 9.

La società impugnava con ricorso e motivi aggiunti il provvedimento di esclusione e tutti gli atti presupposti, ivi compreso il ridetto art. 9, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che con sentenza della Sezione prima *bis* n. -OMISSIS-, nella resistenza dell'Amministrazione, respingeva il gravame e condannava la ricorrente alle spese del giudizio.

La società ha appellato la predetta sentenza, avverso cui ha dedotto: 1) Erroneità e illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 80 comma 4 e 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016; erroneità per illogicità, irragionevolezza e insufficienza della motivazione; 2) Erroneità per violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 4 del d.lgs 50/2016; erroneità, illogicità e insufficienza della motivazione. Ha concluso per la riforma della sentenza gravata e l'accoglimento di tutte le domande svolte nel ricorso di primo grado e nei motivi aggiunti.

Il Ministero della difesa si è costituito in resistenza domandando la reiezione dell'appello, di cui ha sostenuto l'infondatezza.

Con ordinanza n. 4966/2021 questa Sezione del Consiglio di Stato ha respinto la domanda cautelare formulata in appello.

Nel prosieguo, la società appellante ha affidato a memoria lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 24 febbraio 2022.

## DIRITTO

1. -OMISSIS-. è stata esclusa dalla procedura negoziata di cui in fatto a causa della sussistenza della causa immediatamente escludente prevista dall'art. 9 del disciplinare

di gara (pendenza di debiti con l'Agencia del demanio per mancato versamento di oneri relativi a beni demaniali) e della sua mancata dichiarazione nella domanda di partecipazione.

2. La sentenza impugnata, nel concludere per la legittimità del provvedimento espulsivo:

a) ha ritenuto l'inammissibilità per tardività delle censure proposte avverso il predetto art. 9, rilevando trattarsi di clausola immediatamente escludente, ostativa *ex se* all'ammissione alla procedura dell'operatore economico, e quindi soggetta all'onere di immediata impugnazione, non proposta dalla società nel termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione. Da cui la rilevata *“preclusione, nella presente sede, di qualunque contestazione sollevata, nel ricorso introduttivo come nei motivi aggiunti, per avversare il contenuto della clausola in parola e censurarne il supposto contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016, così come l'effetto invalidante sulla disposta esclusione, atteso che il rispetto della clausola in parola, siccome non tempestivamente contestata, si imponeva come lex specialis di gara alla SA come alle partecipanti?”*;

b) ha ritenuto che correttamente la società è stata esclusa dalla gara, non essendo essa in possesso del requisito di non *“avere debiti pendenti nei confronti della Pubblica Amministrazione e del Demanio, anche in relazione al mancato versamento di canoni, oneri e indennità pregressi”* richiesto a pena di esclusione dall'art. 9 del disciplinare di gara, e avendo la società presentato nella domanda di partecipazione una contraria autocertificazione ai sensi del d.P.R. 445/2000, rilevante alla luce dell'art. 80 comma 5 lettera c)-bis del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

3. Il primo motivo di appello si dirige avverso la declaratoria di tardività delle censure relative all'art. 9 della *lex specialis*.

La società afferma che il Tar non si è avveduto che la contestazione ricorsuale era volta all'accertamento della nullità della clausola, per avere questa dilatato la

previsione espulsiva di cui all'art. 80 comma 4 del d.lgs. 50/2016, ricomprendendo nel novero ivi considerato (imposte, tasse e contributi previdenziali) posizioni debitorie discendenti da rapporti di natura e carattere contrattuale, in violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui al successivo art. 83 comma 8: la contestata declaratoria sarebbe pertanto erronea per contrasto con i principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 22 del 2020 - che il primo giudice non ha in alcun modo considerato, neanche al fine di sostenerne l'inapplicabilità al caso di specie - i quali, a fronte di una siffatta violazione, impongono di considerare la clausola come non apposta e di ritenere illegittimi tutti i provvedimenti adottati sulla sua base, impugnati nell'ordinario termine decorrente dalla loro adozione.

In sostanza, per la società, il Tar, anziché sottoporre all'ordinaria regolamentazione una fattispecie che per la sua peculiarità ne è sottratta, avrebbe dovuto ritenere tempestiva l'impugnazione della clausola in quanto legittimamente effettuata entro il termine decadenziale decorrente dall'adozione dell'atto applicativo, e ciò anche considerando che l'art. 31 comma 3 Cod. proc. amm. stabilisce per l'accertamento delle nullità un termine più ampio di quest'ultimo.

4. Il motivo è infondato.

4.1. Il Tar, pur riferendola in "fatto", non ha esaminato in "diritto" la contestazione della società circa la nullità della clausola di cui si discute.

L'omissione non conduce però alla riforma della sentenza appellata, trovando applicazione la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che, in forza dell'effetto devolutivo dell'appello, afferma che l'omessa pronunzia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale è vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato a eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (tra tante, Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n.666; V, 30 luglio 2020, n. 4856): compiendo

tale percorso la tesi svolta nella censura non esaminata si rileva infatti non condivisibile.

4.2. La norma base del regime delle nullità del diritto amministrativo è costituita dall'art. 21-*septies* comma 1 della l. 7 agosto 1990 n. 241, inserito dall'art. 14 comma 1 della l. 11 febbraio 2005 n. 15, che stabilisce che *“è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”*.

L'ambito di applicazione della norma delineato da un costante indirizzo giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato è alquanto restrittivo. Le relative ragioni riposano sostanzialmente sul fatto che la disposizione incide sul principio fondamentale del diritto amministrativo per cui ogni violazione di legge comporta di per sé l'annullabilità del provvedimento. In forza di tale rilievo, si osserva (anche in via ricognitiva, e cioè per il periodo anteriore all'entrata in vigore della novella normativa) che nel diritto amministrativo le categorie della nullità e annullabilità, quali vizi che inficiano un atto giuridico costituente manifestazione di volontà, si presentano in relazione invertita rispetto alle omologhe figure vevoli per i negozi giuridici di diritto privato, e che pertanto le ipotesi di nullità dell'atto amministrativo hanno carattere eccezionale e tassativo, e segnatamente si verificano, come previsto dall'art. 21-*septies* comma 1, nei casi di nullità testuali, di difetto assoluto di attribuzione e di violazione o elusione del giudicato (Cons. Stato, IV, 26 agosto 2014, n. 4281; 18 novembre 2014, n. 5671; V, 15 luglio 2014 n. 3702; 16 febbraio 2012, n. 792; più di recente, IV, 17 novembre 2021, n. 7672 n. 6769 del 2020).

4.3. Una nullità testuale si rinviene in materia di gare pubbliche nell'ultimo periodo dell'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016, come modificato dal correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56.

La disposizione, per quanto qui di interesse, stabilisce che *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite [...] I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Nell’interpretare la norma, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato ripetutamente che la sanzione della nullità, in quanto diretta a contrastare l’imposizione di adempimenti e prescrizioni di carattere formale, non può colpire le previsioni della *lex specialis* che attengono a requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnica (tra tante, Cons. Stato, V, 4 agosto 2021, n. 5750; 23 agosto 2019, n. 5828; III, 7 luglio 2017, n. 3352), o che trovano comunque base giuridica nelle norme del Codice dei contratti pubblici o in altre disposizioni di legge vigenti (Cons. Stato, V, 23 novembre 2020, n. 7257).

Si tratta di arresti analoghi a quelli maturati dalla stessa giurisprudenza sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163: dopo l’introduzione nello stesso del principio di tassatività delle cause di esclusione a opera dell’art. 46 comma 1-*bis* (inserito dal d.-l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011 n. 106), si è infatti riconosciuta l’afferenza del principio al mancato rispetto di adempimenti documentali o formali, ovvero comunque privi di una base normativa espressa, e non all’accertata carenza dei requisiti dell’offerta richiesti per la partecipazione alla gara (Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1809; 17 febbraio 2016, n. 633; III, 17 novembre 2015, n. 5261).

4.4. Poichè il motivo in esame sottintende l’applicazione alla procedura per cui è causa, finalizzata all’affidamento di una concessione, categoria disciplinata dalla

Parte III del Codice contratti, di un principio (la tassatività delle clausole di esclusione) che l'art. 83 comma 8 del Codice, inserito nella Parte II, detta per le gare d'appalto per lavori, servizi e forniture, non può non riferirsi che:

- la giurisprudenza formatasi sotto il vigore dell'art. 30 comma 1 del previgente d.lgs. 163/2006 (*“Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi”*) ha affermato l'inapplicabilità alle concessioni delle disposizioni dello stesso Codice, per essere queste soggette ai soli principi desumibili dal TFUE e ai principi generali relativi ai contratti pubblici (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, gara informale e predeterminazione dei criteri selettivi), ovvero ai canoni da trarsi dai c.d. “super principi o valori di sistema” nonchè da specifiche norme ritenute di immediata e diretta tutela di valori immanenti alla materia in ragione della *“natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa”* (Ad. plen. n. 7 del 2014, che richiama Ad. plen. n. 13 e 19 del 2013 e n. 1 del 2008);

- la stessa giurisprudenza, dopo l'introduzione nel Codice del 2006 del principio di tassatività delle cause di esclusione, ha affermato che per le procedure competitive diverse da quelle direttamente disciplinate dal Codice dei contratti pubblici vige la regola, opposta, della loro atipicità. Ha quindi enunciato il principio di diritto per cui *“il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice”* (Ad. plen. n. 9 del 2014);

- questa Sezione ha avuto modo di applicare tale indirizzo, affermando che il principio di tassatività delle cause di esclusione si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti pubblici in via diretta ovvero per autovincolo dell'amministrazione procedente (Cons. Stato, V, 9 giugno 2015, n. 2839);



- allo stato, il vigente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 stabilisce all'art. 164 comma 2 che *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”*;

- la norma di attuale riferimento della questione individua dunque la normativa applicabile alle procedure di aggiudicazione delle concessioni tramite un rinvio per “temi” e non per articoli, e postula altresì l'espressione di un giudizio di compatibilità della relativa disciplina con l'oggetto di regolazione tramite rinvio.

4.5. A questo punto occorre ancora osservare che la procedura in esame è finalizzata all'affidamento in concessione di “servizi della sezione sportiva” del Circolo ricreativo di cui in fatto.

Per individuare il puntuale oggetto della concessione occorre fare riferimento all'art. 7 del disciplinare, che quanto alla *“descrizione dei servizi oggetto di gara”* rimanda al capitolato, il quale, a sua volta, all'art. 1, dispone che l'affidamento *“ricomprende l'approntamento di un'organizzazione finalizzata [...] all'esercizio di attività sportive e ludico ricreative nell'ambito delle aree e strutture di pertinenza [...] ivi compresi eventi sociali o privati su richiesta degli utenti, nonché alla fornitura del servizio di pulizia e manutenzione delle aree e strutture stesse e il correlato supporto logistico”*, nonché *“presuppone la cessione di aree e pertinenze demaniali in uso alla Marina Militare con la disponibilità immediata ed esclusiva delle stesse”*.

Per tale motivo lo stesso art. 1 pone in capo al concessionario l'onere *“di pagare un canone annuale”* pure ivi determinato.

Sul punto, si osserva che la peculiarità della figura della concessione di servizi è quella di determinare l'assunzione in capo all'affidatario del rischio operativo legato alla sua gestione [art. 3 comma 1 lettera zz) e art. 165 comma 1 Codice contratti; Cons. Stato, III, 3 agosto 2020, n. 4910; 18 giugno 2020, n. 3905; VI, ordinanza 6 dicembre 2019, n. 6073; V, 28 marzo 2019, n. 2065; III, 11 gennaio 2018, n. 127; VI, 16 luglio 2015, n. 3571; 14 ottobre 2014, n. 5065), nell'ambito dell'equilibrio economico finanziario proprio dell'istituto [art. 3 comma 1 lett. fff) e art. 165 comma 2 Codice contratti].

Agli espressi fini del raggiungimento di tale equilibrio, l'art. 165 comma 2 del Codice contratti prevede, tra altro, che l'amministrazione aggiudicatrice possa stabilire in sede di gara *“un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione”*.

Indi, accanto all'affidamento del servizio, l'amministrazione può concedere l'utilizzo dei beni necessari all'esercizio dell'attività, così integrando anche una concessione di bene pubblico (C.G.A.R.S., 24 marzo 2021, n. 247).

A sua volta, l'art. 172 comma 1 del Codice contratti, nel disporre in linea generale le regole di selezione e valutazione qualitativa degli aspiranti concessionari, prevede che le stazioni appaltanti verifichino le condizioni di partecipazione anche sotto il profilo della loro *“capacità finanziaria ed economica”* e ciò *“sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova”*.

Si tratta di una potestà non illimitata: l'art. 172 comma 1, con una disposizione non dissimile a quella dettata dal precedente art. 83 comma 2 per i contratti di appalto, stabilisce che *“Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva”*.

4.6. Delineato come sopra il contesto complessivo in cui il motivo in esame va apprezzato, possono trarsi le conclusioni sulla sua sorte.

4.7. La censura principale del motivo è costituita dall'affermazione che la fattispecie espulsiva di cui all'art. 9 del disciplinare della procedura (*“I soggetti partecipanti non devono avere debiti pendenti nei confronti della Pubblica Amministrazione e del Demanio, anche in relazione al mancato versamento di canoni, oneri e indennità pregresse, a pena di immediata esclusione dalla presente gara. L'esclusione avverrà comunque in tutti i casi in cui, a seguito di controlli, dovessero emergere partite debitorie insolute in data antecedente alla partecipazione a questa gara. Pertanto gli operatori partecipanti dovranno autocertificare, ai sensi del DPR 445/2000, il suddetto requisito afferente all'assenza di debiti pregressi con la Pubblica Amministrazione e il Demanio con particolare riguardo al mancato versamento di canoni, oneri e indennità pregresse”*), per la sua atipicità, che trasborda dall'ambito delineato dall'art. 80 comma 4 del Codice contratti, è nulla per contrarietà al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche.

4.8. Alla luce delle norme e della giurisprudenza sin qui rassegnata, il Collegio osserva invece che l'art. 9 in esame:

- a) è inserito nell'ambito di una *lex specialis* che, pur richiamandone specifiche norme, non si è vincolata in linea generale all'applicazione delle norme del Codice contratti;
- b) nel prevedere la verifica dell'affidabilità dell'aspirante concessionario (di servizi e di beni) sotto il profilo dell'insussistenza della maturazione di pregresse insolvenze a suo carico in precedenti rapporti con l'Amministrazione, e più specificamente con il Demanio, non impone un adempimento formale;
- c) introduce invece una prescrizione volta alla verifica della capacità finanziaria ed economica dei partecipanti alla procedura, che, in quanto afferente all'esposizione debitoria dell'aspirante concessionario (di servizi e di beni) nei confronti dell'apparato amministrativo, nell'ambito della valutazione richiesta dall'art. 164

comma 2 del d.lgs. 50/2016, non risulta incompatibile con il perimetro applicativo di cui al precedente art. 80 comma 4;

d) vieppiù, è direttamente riconducibile all'art. 172 comma 1 del Codice contratti.

La previsione di cui si discute è infatti collegata in via immediata e diretta all'oggetto dell'affidamento, costituito anche dalla cessione di aree e pertinenze demaniali a fronte del pagamento di un canone predeterminato. Ne viene che la capacità economica e finanziaria degli aspiranti concessionari non può che essere verificata anche sotto tale aspetto, che qualifica la concessione di servizi in parola rendendola comprensiva della concessione del bene pubblico, ed attiene alla prestazione principale cui è tenuto quest'ultima tipologia di concessionario. Per tale ragione, risultano rispettati entrambi i canoni (correlazione e proporzionalità) che, per l'art. 172 comma 1 del Codice contratti, devono guidare la stazione appaltante nell'individuazione dei requisiti di capacità finanziaria ed economica degli aspiranti concessionari, funzionali all'apprezzamento della capacità dell'operatore economico di gestire la concessione e anche della sua affidabilità e integrità.

4.9. Sulla base di tali elementi, il Collegio non rinviene quel contrasto frontale della clausola in esame con l'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016 che ne determinerebbe la nullità.

Ciò vale non solo per il suo contenuto prescrittivo sostanziale, ma anche per il prescritto obbligo dichiarativo e le conseguenze previste per il suo inadempimento, che trovano diretta eco nell'art. 80 dello stesso decreto legislativo.

4.10. Esclusa la nullità della previsione di cui trattasi, va ancora sottolineata la sua portata immediatamente escludente, in quanto correlata a una ipotesi – debiti maturati dall'operatore economico nei confronti dell'amministrazione e del Demanio anche a titolo di “canoni, oneri e indennità pregresse” – che incide direttamente e con assoluta e oggettiva certezza sulla sfera giuridica dell'aspirante concessionario, nella misura in cui preclude la sua partecipazione alla procedura per

la sussistenza di una condizione che non è correlata ad alcuna alea contrattuale, essendo oggettivamente e univocamente riscontrabile.

4.11. Sussistono pertanto tutti i presupposti per: affermare anche in questa sede, in adesione ad arresti consolidati (tra tante, Cons. Stato, III, 24 dicembre 2021, n. 8584; V, 8 ottobre 2021, n. 284; Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), che la contestazione giudiziale della clausola di cui trattasi scontava l'onere di immediata impugnazione nel termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione; confermare la tardività dell'impugnazione della stessa da parte della società odierna appellante, non essendo qui contestato che la società ha impugnato la predetta clausola solo in uno al provvedimento espulsivo, quando il predetto termine era ormai scaduto; respingere nel merito la tesi della nullità della clausola.

4.12. Nulla aggiungono alla questione la statuizione dell'Adunanza plenaria n. 22 del 2020, richiamata dalla società appellante quanto alle conseguenze da riconnettere all'accertata nullità della clausola espulsiva, condizione qui insussistente, e l'art. 31 comma 4 Cod. proc. amm., pure invocato dalla medesima, il quale, nel prevedere il più lungo termine decadenziale per l'azione di accertamento delle nullità amministrative, è *“ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto abbia interesse al mero accertamento e non al suo annullamento”*, come da ultimo rilevato proprio dall'Adunanza plenaria n. 22/2020, fattispecie qui non ricorrente, in quanto l'atto di esclusione dalla procedura ha prodotto effetti sulla situazione sostanziale della società.

4.12. In definitiva, il primo motivo di appello deve essere respinto.

5. E' infondato anche il secondo motivo, con cui la società contesta le conclusioni del Tar circa la legittimità del provvedimento espulsivo.

5.1. In particolare, rilevato che quanto all'argomentazione relativa alla tassatività delle ipotesi espulsive di cui all'art. 80 comma 4 del Codice contratti spesa anche nel motivo in esame può farsi riferimento alle argomentazioni di cui al capo che precede, si osserva che:

- nell'andamento motivazionale della sentenza appellata non si rinviene alcun difetto di motivazione, avendo il primo giudice bene chiarito che, una volta esclusa la possibilità di mettere in discussione la validità dell'art. 9 della *lex specialis*, l'accertamento operato dall'Amministrazione precedente circa la sussistenza in capo alla società della condizione negativa portata dalla norma non poteva che condurre alla sua esclusione dalla gara;

- la circostanza che la previsione di cui all'art. 9 non sia stata inserita nell'avviso alla manifestazione di interesse (prevedente la sola assenza di cause di esclusione ex art. 80 del d.lgs. 50/2016), essendo stata prevista solo nell'ambito del disciplinare, successivamente alla ricezione delle manifestazioni di interesse, non vizia le determinazioni dell'Amministrazione, dal momento che l'avviso, come di suo, ha avuto meri fini esplorativi, tant'è che nello stesso l'Amministrazione si è riservata "*la facoltà di sospendere, modificare, annullare o revocare la procedura relativa al presente avviso e di non dare seguito all'indizione della successiva procedura negoziata per l'affidamento della concessione in oggetto, senza che ciò comporti alcuna pretesa da parte dei richiedenti?*", e che all'atto della presentazione della domanda di partecipazione della società il disciplinare era già vigente. Va respinto conseguentemente anche il rilievo, avanzato dalla società nella memoria difensiva, circa la preordinazione dell'art. 9 del disciplinare ad agevolare l'unico altro operatore partecipante alla procedura, mentre la circostanza che la società, quanto meno alla data di deposito della stessa memoria (8 febbraio 2022), fosse ancora gestore della struttura ricreativa, oltre che deporre in senso manifestamente contrario all'ipotesi ventilata secondo quanto appena sopra, nulla dice se non che l'Amministrazione precedente ha inteso evidentemente rimandare le determinazioni conclusive della procedura all'esito della decisione di merito dell'odierno appello;

- non rileva che la posizione debitoria della società fosse *sub iudice*, nulla essendo stato disposto al riguardo dalla clausola in parola, e tenuto ulteriormente conto del

fatto che l'esclusione è stata motivata anche in ragione del mancato soddisfacimento da parte di questa del relativo obbligo dichiarativo;

- a fronte della puntuale regolazione da parte del disciplinare delle modalità e dei contenuti della domanda di partecipazione alla procedura, e considerato che la stessa società dà atto dell'avvenuta pubblicazione del disciplinare stesso, non è chiaro su quali basi la società afferma che essa era tenuta a rendere solo le dichiarazioni previste nell'avviso per la manifestazione di interesse;

- il Tar ha osservato come *“l'esclusione di operatori economici che si trovino in una situazione di morosità nei confronti dello Stato risponde all'interesse pubblico che il gioco concorrenziale non venga alterato dall'impresa che si giovi di 'economie' di spese generali e gestionali proprio attraverso la violazione degli obblighi assunti nei confronti dell'Agenzia del Demanio”*. Ha poi affermato l'irrilevanza ai fini per cui è causa della *“condotta trasparente e fortemente collaborativa”* che la società aveva dedotto nel ricorso introduttivo del giudizio evidenziando che l'Amministrazione precedente era stata posta a conoscenza della pendenza della contestazione giudiziale anche in ragione delle comunicazioni effettuate dalla stessa società anteriormente alla procedura. Ha osservato sul punto come in ogni caso la società non fosse in possesso del requisito di cui al più volte richiamato art. 9 e avesse inoltre reso una dichiarazione *ex d.P.R. 445/2000* non corrispondente alla posizione debitoria attestata da tale contenzioso.

Si tratta di rilievi non suscettibili di essere superati dalla insistita affermazione della società di aver mantenuto nei confronti della stazione appaltante una condotta trasparente e collaborativa.

6. Per tutto quanto precede, l'appello deve essere respinto.

Nondimeno le spese del grado possono essere compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità e della novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Anna Bottiglieri**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**