

Publicato il 22/01/2019

N. 00544/2019REG.PROV.COLL.

N. 08263/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8263 del 2015, proposto da
Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria
di costituenda associazione temporanea di imprese - a.t.i. con Guerrato S.p.a., quest'ultima anche
in proprio, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati
Maria Alessandra Sandulli e Luca Antonini, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in
Roma, corso Vittorio Emanuele, n. 349;

contro

Provincia autonoma di Bolzano, Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti
pubblici di lavori servizi e forniture, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica,
rappresentate e difese dagli avvocati Claudio Guccione, Renate von Guggenberg, Laura Fadanelli e
Alexandra Roilo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Corso Italia, 45;
Autorità nazionale anticorruzione - ANAC, in persona del Presidente in carica, rappresentata e
difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge, in Roma, via dei Portoghesi,
12;

nei confronti

Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino e Cecilia Martelli, con domicilio eletto
presso lo studio del primo, in Roma, piazza Borghese, 3;
Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.a., non costituita in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano, n. 270/2015, resa tra le parti e concernente: esclusione dalla procedura per l'affidamento della concessione di finanziamento, della progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione della nuova Casa Circondariale di Bolzano, risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2018, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, l'avvocato Maria Alessandra Sandulli, l'avvocato Elena Cerchi in dichiarata delega dell'avvocato Andrea Guarino e l'avvocato dello Stato Marco Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La presente controversia inerisce alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento, ai sensi dell'art. 153, commi da 1 a 14, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, della concessione avente ad oggetto il finanziamento, la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione della nuova Casa Circondariale di Bolzano, secondo il modulo del c.d. *project financing*.

1.1. La procedura è stata indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano con bando del 15 luglio 2013, in qualità di soggetto attuatore del Piano carceri per la realizzazione del nuovo Istituto penitenziario di Bolzano e di stazione concedente delegata con decreto n. 456 del 5 maggio 2013 del Capo Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Ministero della Giustizia.

1.2. Alla procedura di evidenza pubblica ha partecipato, tra altri concorrenti, l'Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di costituenda associazione temporanea di imprese con la Guerrato S.p.a. (in seguito: a.t.i. Mantovani), con domanda di partecipazione del 16 dicembre 2013 presentata in forma telematica.

1.3. Ai fini del corretto inquadramento della questione centrale della presente controversia, occorre sin d'ora precisare che l'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dall'art. 4, comma 2, lettera b), d.-l. 13 maggio 2011, convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106, nella versione applicabile *ratione temporis* alla procedura di evidenza pubblica di cui è causa, prevede che la causa di esclusione, costituita dalla pronuncia di sentenza irrevocabile di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex artt. 444 ss. Cod. proc. pen.*, per i reati ivi specificati, opera anche «*nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata*» (v. così, testualmente, la citata disposizione normativa).

1.4. Per quanto qui rileva, l'a.t.i. Mantovani ha presentato le seguenti due dichiarazioni *ex art.* 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006, in ordine alla sussistenza dei requisiti generali, entrambe rese dall'amministratore delegato e legale rappresentante della capogruppo mandataria, ing. Gianfranco Zoletto:

(i) una dichiarazione del 4 dicembre 2013, nella quale lo stesso ha attestato, «*per quanto a sua conoscenza, che nei confronti del Signor B. [omissis; n.d.e.], quale Presidente del Consiglio di Amministrazione, Amministratore Delegato e Legale rappresentante cessato dalla carica in data 06/03/2013, fino alla cessazione della carica: non sussistono le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici di cui alla lettera c) dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 e ss.mm.ii.. Attesta quindi che nei suoi confronti [...] non è stata pronunciata condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e che non è stato condannato con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18 [...]*» (v. doc. 5 fascicolo di primo grado);

(ii) una dichiarazione successiva, datata 16 dicembre 2013, inserita al punto 4.04 della domanda di partecipazione, nella quale lo stesso ha attestato «*di non essere a conoscenza dell'esistenza di provvedimenti di cui all'art. 38 c. 1 lett. c) D.Lgs. 163/2006 nei confronti dei soggetti di cui al punto 2.04, cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara relativo al presente appalto*» (doc. 6 del fascicolo di primo grado).

1.5. Nella seduta di gara del 9 gennaio 2014, l'a.t.i. Mantovani è stata ammessa con riserva, in attesa di chiarimenti, con la testuale motivazione che «*per fatto notorio, pubblicato dal Corriere del Veneto sul sito online, l'ing. B. [omissis; n.d.e.], cessato dalla carica sociale di presidente del CDA, amministratore delegato e legale rappresentante, il 6.3.2013 "ha patteggiato 1 anno e dieci mesi - accusato di essere il promotore del sistema di false fatture" (Corriere del Veneto del 6 dic. 2013)*» (doc. 4 fascicolo di primo grado).

1.6. La stazione appaltante provvedeva dunque, in sede di verifica dei requisiti, ad acquisire il certificato del casellario giudiziale relativo all'ing. B., dal quale emergeva che il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Venezia il 5 dicembre 2013 aveva emesso nei suoi confronti (in camera di consiglio, quindi non in udienza pubblica dibattimentale) dispositivo di sentenza – con successiva pubblicazione della sentenza completa di motivazione in data 3 febbraio 2014, divenuta irrevocabile il 29 marzo 2014 –, di applicazione della pena di anni 1 e mesi 10 di reclusione (pena sospesa) su richiesta delle parti *ex artt.* 444 Cod. proc. pen., per i reati di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, di associazione a delinquere e di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, reato continuato e in concorso (doc. 7 fascicolo di primo grado; l'ammontare complessivo delle fatture per operazioni inesistenti era pari a euro 9.124.000,00). Tale sentenza non è stata menzionata in sede di gara dal legale rappresentante della Mantovani nelle dichiarazioni *sub* § 1.4., in quanto rese in data anteriore alla pubblicazione e al passaggio in giudicato della sentenza.

1.7. Nella seduta del 29 maggio 2014, l'autorità di gara dichiarava di non sciogliere la riserva di ammissione alla gara dell'a.t.i. Mantovani, chiedendo alla stessa con nota del 3 giugno 2014 chiarimenti in merito alla menzionata sentenza (doc. 7-bis del fascicolo di primo grado).

1.8. Con memorie del 10 giugno 2014 e del 17 ottobre 2014, la Mantovani forniva i richiesti chiarimenti, deducendo che la sentenza penale era stata pubblicata e divenuta irrevocabile dopo che erano state rese le dichiarazioni *ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006* (di cui sopra *sub § 1.4.*), e di aver posto in essere una serie di atti che dimostravano una tempestiva, effettiva e completa dissociazione della società dalla condotta dell'ing. B., quali la sua immediata rimozione da tutte le cariche sociali del gruppo Mantovani, il riassetto interno degli organi di gestione della società, il riscatto delle azioni dallo stesso detenute e l'avvio di un'azione di responsabilità.

1.9. La stazione appaltante, ritenendo la questione di non facile soluzione, il 25 luglio 2014 chiedeva all'Autorità nazionale anticorruzione - ANAC (già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - AVCP) un parere ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), d.lgs. n. 163 del 2006, proseguendo comunque nell'espletamento delle ulteriori fasi di gara (alle quali l'a.t.i. Mantovani era stata ammessa con riserva), sfociate nella graduatoria del 16 dicembre 2014, nella quale l'a.t.i. Mantovani risultava classificata al quinto posto, ad oltre 13 punti di distacco dalla prima classificata a.t.i. Società Italiana per le Condotte d'Acqua s.p.a. (d'ora in poi: a.t.i. Condotte).

In particolare, la stazione appaltante sottoponeva all'ANAC i seguenti quesiti:

(i) se nel caso di dichiarazione resa dal legale rappresentante per conto di un soggetto cessato dalla carica con la formula *«per quanto a propria conoscenza»*, l'omessa dichiarazione di una condanna penale a carico del soggetto cessato dalla carica comporti l'esclusione del concorrente, oppure l'obbligo per la stazione appaltante di richiedere un'integrazione di quanto già dichiarato e di accertare in concreto il possesso dal parte del concorrente dei requisiti di partecipazione;

(ii) se nel caso di specie le iniziative adottate dalla Mantovani fossero idonee a dimostrare l'effettiva e completa dissociazione della società dalla condotta penalmente sanzionata dell'*ex*-amministratore;

(iii) se nel caso di specie sussistesse, o meno, una falsa dichiarazione *ex art. 38, comma 1-ter*, d.lgs. n. 163 del 2006 con l'obbligo di segnalare il fatto all'Autorità.

1.10. L'ANAC con parere reso il 25 febbraio 2015 affermava, con riguardo al primo e al terzo quesito, che nel caso in cui il concorrente, con riferimento ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, produca una dichiarazione attestante l'assenza delle condizioni ostantive di cui all'art. 38, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006, con la formula *«per quanto a propria conoscenza»*, fornendo una compiuta identificazione di tali soggetti, spetta alla stazione appaltante di procedere alle opportune verifiche in ordine alla sussistenza, o meno, dei requisiti generali in capo ai soggetti medesimi, ed escludeva che nel caso di specie fosse ravvisabile una falsa dichiarazione, non essendo sufficiente la mera pendenza di un procedimento penale, ma dovendosi trattare di sentenza irrevocabile, non ancora sussistente al momento delle dichiarazioni rese dall'amministratore delegato della Mantovani.

Con riguardo al secondo quesito, l'ANAC osservava che, non potendosi l'Autorità sostituire alle valutazioni discrezionali della stazione appaltante in ordine all'effettiva e completa dissociazione della società concorrente dalla condotta penalmente sanzionata dell'amministratore cessato dalla carica, spettava alla stazione appaltante *«accertare se l'effettiva efficacia delle misure dissociative illustrate dalla Mantovani nelle note procedurali del 10.6.2014 e 17.10.2014 sia stata negativamente incisa o, comunque, compromessa dal comportamento omissivo della Mantovani, che nella procedura in esame non ha dichiarato la sentenza di condanna de qua, divenuta irrevocabile, come sopra detto, solo in data 29.3.2014»* (v. così, testualmente, il parere ANAC,

doc. 12 fascicolo di primo grado). A suffragio di tale parere, l'ANAC richiamava un precedente giurisprudenziale riguardante proprio la Mantovani nell'ambito di una diversa gara d'appalto e una dichiarazione ivi resa dall'ing. B. in ordine all'insussistenza, nei propri confronti, di una delle cause di esclusione *ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006*: in particolare, l'ANAC richiamava la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, 22 dicembre 2014, n. 6284 (confermativa della sentenza di primo grado del T.a.r. per il Friuli-Venezia-Giulia 27 agosto 2014, n. 456), secondo cui costituirebbe un indice di non dissociazione, per violazione del dovere di leale collaborazione, la mancata tempestiva comunicazione alla stazione appaltante dello sviluppo delle vicende penalmente rilevanti riguardanti i soggetti menzionati nell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006.

1.11. Nella seduta pubblica del 27 febbraio 2015 la stazione appaltante, preso atto del parere ANAC, disponeva l'esclusione dell'a.t.i. Mantovani dalla gara per carenza dei requisiti generali *ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006*, «*in ragione dell'insufficiente e tardiva dimostrazione della dissociazione dalla condotta penalmente rilevante posta in essere dal soggetto cessato dalla carica*» (v. così, testualmente, il verbale di seduta) – rilevando che la condanna «*è intervenuta in un momento antecedente alla dichiarazione resa in gara e come tale avrebbe potuto essere dichiarata dalla Mantovani in sede di partecipazione*», e ritenendo non tempestivi gli atti di dissociazione posti in essere dalla Mantovani –, la conseguente escussione della cauzione provvisoria versata per la partecipazione alla gara e la segnalazione all'ANAC per eventuali provvedimenti di competenza.

2. Avverso il provvedimento di esclusione, comunicato all'a.t.i. Mantovani con nota del 4 marzo 2015, e gli atti presupposti, connessi e consequenziali (tra cui il parere ANAC del 25 febbraio 2015) il raggruppamento escluso – previa informativa *ex art. 243-bis d.lgs. 163 del 2006*, riscontrata dalla stazione appaltante negativamente con nota del 17 marzo 2015 – interponeva ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, con correlativa domanda cautelare (respinta dall'adito Tribunale con ordinanza n. 82 dell'8 maggio 2015, il cui dispositivo di rigetto, in sede di appello cautelare, è stato confermato, con diversa motivazione, da questo Consiglio di Stato, con ordinanza n. 2545 del 10 giugno 2015).

3. Con la qui impugnata sentenza n. 270 del 27 agosto 2015, l'adito Tribunale regionale di giustizia amministrativa provvedeva come segue:

(i) in accoglimento della correlativa eccezione sollevata dall'ANAC, dichiarava inammissibile l'impugnazione dell'atto *sub § 1.10.*, trattandosi di parere non vincolante e, dunque, privo di autonomo carattere lesivo;

(ii) dichiarava inammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione, non ancora intervenuta, essendo stata stilata solo la graduatoria finale, costituente atto endoprocedimentale non impugnabile autonomamente;

(iii) riteneva legittimo il diniego di accesso a tutti gli atti della gara, con particolare riguardo alle offerte degli altri concorrenti, differendo l'art. 13, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006 l'accesso alla documentazione relativa alle offerte fino all'aggiudicazione, nella specie non ancora intervenuta;

(iv) respingeva i motivi di ricorso dedotti avverso l'atto di esclusione dalla gara (e gli atti consequenziali di escussione della cauzione e di segnalazione all'ANAC), per le seguenti ragioni:

- con richiamo alla sopra citata sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli-Venezia-Giulia n. 456/2014, confermata dal Consiglio Stato con sentenza n. 6284/2014, riteneva che l'amministratore delegato della Mantovani, con riferimento alla pena patteggiata dall'ing. B. il 5 dicembre 2013, «*abbia violato quantomeno il dovere di leale collaborazione e di correttezza nei confronti della stazione appaltante*», che lo stesso, «*usando correttamente l'autodichiarazione [...], avrebbe dovuto riferire alla stazione appaltante almeno la circostanza che la sentenza era stata pronunciata, anche se non era ancora in grado di riferirne il contenuto o – quantomeno – avrebbe dovuto fare presente che esisteva un procedimento penale a carico dell'ex amministratore*», e che «*l'autodichiarazione resa [...] era quantomeno [...] gravemente ed imperdonabilmente negligente, perché rilasciata in violazione del principio generale imposto dall'articolo 1176 codice civile che, prescrivendo a tutti (compresi gli operatori economici) una regola generale di condotta, cioè quella di usare la diligenza del buon padre di famiglia, implica anche l'obbligo di informarsi e di informare che va valutato – così il secondo comma della disposizione codicistica – “con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*» (v. così, testualmente, la sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa);

- escludeva la configurabilità della dissociazione dalla condotta penalmente rilevante dell'ex-amministratore, rilevando che «*di tale beneficio*» può «*fruire solo chi abbia reso un'autodichiarazione corrispondente alla realtà e non chi abbia oggettivamente – non necessariamente soggettivamente – ‘depistato’ la stazione appaltante*», e che gli atti indicati dalla Mantovani come dissociativi nella memoria procedimentale del 10 giugno 2014 non erano idonei ad integrare gli estremi della dissociazione completa, effettiva e tempestiva della società dalla condotta dell'ex-amministratore, dovendosi, in particolare, la proposizione dell'azione di responsabilità con atto notificato il 29 settembre 2014, ritenere «*fuori tempo massimo*» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

(v) attesa l'infondatezza del ricorso nel merito, il Tribunale regionale si dichiarava esentato dall'affrontare sia l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso per mancata notificazione al Ministero della giustizia e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sollevata dalla resistente Provincia autonoma di Bolzano, sia la domanda risarcitoria;

(vi) condannava parte ricorrente a rifondere alle controparti le spese di causa.

4. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'a.t.i. Mantovani, deducendo i seguenti motivi:

a) «*Eccesso di potere giurisdizionale. Omessa pronuncia. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 1, 3, 6, 10 e 18 l. n. 241 del 1990, degli artt. 444 e 445 Cod. proc. pen., dell'art. 47 d.P.R. n. 445 del 2000, degli artt. 3, 11, 27, 41, 97 e 117, co. 1, Cost., degli artt. 41 e 49 della Carta di Nizza e degli artt. 45 direttiva 2004/18/CE e 57 direttiva 2014/24/UE. Eccesso di potere per sviamento, errore e travisamento nei presupposti, contraddittorietà e perplessità. Carezza di istruttoria. Difetto di motivazione. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, tutela della concorrenza e massima partecipazione alle procedure di gara. Illogicità e ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata dal parere ANAC*», formulando, nel contesto del motivo così testualmente rubricato, i seguenti profili di censura:

- l'erronea ricostruzione della situazione fattuale operata nell'impugnata sentenza, inficiante le relative conclusioni;

- l'erronea affermazione, nell'impugnata sentenza, di un onere dichiarativo in ordine a una sentenza penale non ancora pubblicata, né divenuta irrevocabile al momento delle dichiarazioni

rese dal legale rappresentante il 4 e il 16 dicembre 2013, e dunque non incidente sui requisiti generali, i quali, a norma dell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006, sono incisi solo da sentenze *irrevocabili* di condanna o di applicazioni della pena *ex art. 444 Cod. proc. pen.*, con la conseguente inconfigurabilità, in assenza di una previsione tassativa di legge, di un onere dichiarativo relativo alle vicende di un procedimento penale soltanto pendente e non ancora definito con sentenza passata in giudicato;

- l'erronea interpretazione estensiva della previsione normativa di cui all'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte relativa ai soggetti cessati dalla carica sociale nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, dovendosi invece adottare in materia un'interpretazione particolarmente rigorosa e strettamente aderente alla tassativa previsione normativa, tenuto conto che le direttive comunitarie non prevedono alcun limite di partecipazione alla gara né alcun obbligo di dichiarazione con riguardo ai soggetti cessati dalla carica prima della pubblicazione del bando (art. 45 direttiva 2004/18/CE e art. 57 direttiva 2014/24/UE);

- l'erronea omessa considerazione che l'art. 38, nel richiedere la dichiarazione delle condanne relative ai soggetti cessati dalla carica, introduce un indebito ostacolo alla concorrenza, ancorché temperato dalla previsione che l'impresa possa dimostrare l'effettiva e completa dissociazione dalla condotta penalmente rilevante di tali soggetti;

- l'erronea sostituzione, nell'impugnata sentenza, della motivazione posta dalla stazione appaltante a base del provvedimento di esclusione, mai avendo quest'ultima affermato la falsità delle dichiarazioni rese, come invece adombrato nella sentenza;

- l'erronea e contraddittoria qualificazione dell'omessa dichiarazione circa la pendenza di un procedimento penale nei confronti dell'*ex*-amministratore e circa i relativi sviluppi in corso di gara come indice presuntivo da cui inferire la mancanza di una dissociazione effettiva e completa, in quanto in tal modo, per altra via, viene introdotto un onere dichiarativo, in realtà insussistente, in relazione a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile;

- la violazione del principio giurisprudenziale, secondo cui il legale rappresentante è onerato, in sede di gara, a rendere la dichiarazione relativa ai soggetti terzi cessati soltanto *«per quanto a conoscenza»*, spettando poi all'amministrazione appaltante, la quale, a differenza del dichiarante, ha accesso al casellario giudiziale e ad altri archivi pubblici, qualora riscontri l'esistenza di condanne irrevocabili successive alla dichiarazione in sede di gara, chiedere all'impresa concorrente chiarimenti su eventuali misure dissociative assunte;

- l'erronea affermazione della tardività degli atti di dissociazione posti in essere dalla Mantovani, con particolare riferimento all'azione di responsabilità proposta nei confronti dell'*ex*-amministratore con atto di citazione notificato il 29 settembre 2014, dopo i chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, poiché in tal modo la stazione appaltante prima, e il Tribunale regionale di giustizia amministrativa poi, avrebbero introdotto, in via surrettizia, l'ulteriore requisito della spontaneità della dissociazione, non previsto dall'art. 38, né, tantomeno, sarebbe configurabile un onere dissociativo prima dell'irrevocabilità della sentenza penale pronunciata nei confronti dell'*ex*-amministratore;

- l'erronea valutazione delle misure di dissociazione poste in essere dalla Mantovani, risultando, invece, documentalmente comprovato che (i) l'ing. B. si era dimesso solo pochi giorni dopo essere stato sottoposto, il 28 febbraio 2013, alla misura della custodia cautelare in carcere, a ciò sollecitato da uno dei titolari della quota sociale di maggioranza, ed era contestualmente cessato da tutte le cariche che aveva ricoperto nelle società del gruppo Mantovani, (ii) la società, con

deliberazione dell'assemblea degli azionisti del 15 marzo 2013, dunque adottata due settimane dopo l'arresto dell'ing. B., aveva assunto idonee misure organizzative volte a sostituire gli organi di gestione, e provveduto a rettificare i bilanci con isolamento contabile in appositi conti delle operazioni e dei saldi nei confronti dei soggetti individuati dagli inquirenti, (iii) le azioni detenute dall'ex-amministratore erano state riscattate dalla società al valore nominale sulla base di deliberazione del consiglio di amministrazione adottata il 5 giugno 2014, (iv) la società aveva pagato, senza avviare contenzioso, tutte le sanzioni comminate dall'agenzia delle entrate, (v) la società aveva proposto l'azione di responsabilità, con atto di citazione notificato nel mese di settembre 2014, sulla base di deliberazione assembleare del 6 giugno 2014;

b) «Sulla conferma dei vizi denunciati e sull'illegittimità dei provvedimenti impugnati per disparità di trattamento all'esito degli sviluppi della procedura di gara (motivo proposto anche ai sensi dell'art. 104, co. 3, c.p.a.)», con riferimento ad identica omissione dichiarativa riscontrabile in capo all'a.t.i. aggiudicataria, non rilevata dalla stazione appaltante;

c) l'erroneo mancato accoglimento dei motivi proposti contro l'escussione della cauzione provvisoria, prevista dalla *lex specialis* di gara solo in caso di mancata prova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica, e contro la segnalazione all'ANAC, prevista solo in caso di presentazione di falsa dichiarazioni o di falsa documentazione, nella specie da escludere.

d) l'erronea statuizione di condanna della ricorrente a rifondere alle Amministrazioni resistenti le spese di causa, tenuto conto della novità delle questioni trattate.

In particolare, l'appellante deduceva la censura di disparità di trattamento rispetto alla prima classificata a.t.i. Condotte (nominata promotore ai sensi dell'art. 153, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006), sotto il profilo che anche rispetto alla capogruppo Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.a., in sede di verifica dei requisiti generali, sarebbe emerso che, nei confronti di un soggetto cessato dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, era stata pronunciata una sentenza di applicazione della pena *ex art. 444 Cod. proc. pen.*, con successivo invito della stazione appaltante a provare la dissociazione. La parte appellante esponeva di essere venuta a conoscenza di tale nomina dell'a.t.i. Condotte a promotore solo con la comunicazione del 24 luglio 2015, e quindi solo dopo l'udienza di discussione di primo grado svoltasi il 22 luglio 2015. La stessa chiedeva dunque, in via istruttoria, ordinarsi alla stazione appaltante l'esibizione di tutta la documentazione di gara e, in particolare, degli atti relativi alla verifica dei requisiti generali in capo all'a.t.i. Condotte.

L'appellante riproponeva, infine, la domanda di risarcimento dei danni da perdita della *chance* di aggiudicazione e per danni all'immagine e alla reputazione.

Nella memoria di replica del 19 novembre 2015 l'appellante formulava, in via subordinata, questione di illegittimità costituzionale dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 per contrasto con gli artt. 2, 27, comma 1, e 41 Cost., e/o questione di incompatibilità con il diritto euro-unitario, in particolare con gli artt. 45 direttiva 2004/18/CE e 57 direttiva 2014/24/UE ed i principi comunitari che presiedono alla disciplina dei contratti pubblici, chiedendo il relativo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE *ex art. 267 TFUE*.

5. Si costituivano in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture, eccependo in via pregiudiziale di rito l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, attesa l'omessa impugnazione, dinanzi al giudice di primo grado, del provvedimento di nomina del promotore di

cui al verbale del 21 luglio 2015, comunicato dalla stazione appaltante il 24 luglio 2015, nonché l'inammissibilità della censura di disparità di trattamento rispetto all'a.t.i. Condotte. Le amministrazioni appellate riproponevano inoltre l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, ai sensi dell'art. 27 Cod. proc. amm., per l'omessa notificazione del ricorso di prima istanza al Ministero della giustizia e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Nel merito, contestavano la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

Si costituiva, altresì, in giudizio l'ANAC, rilevando la mancata impugnazione del capo della sentenza *sub* § 3.(i), con cui era stata dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione del parere del 27 febbraio 2015, e contestando comunque la fondatezza dell'appello di cui chiedeva la reiezione.

Si costituiva, infine, nel giudizio d'appello anche la Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.a., eccependo l'inammissibilità della censura di disparità di trattamento dedotta dall'appellante e della correlativa istanza istruttoria, sotto plurimi profili.

6. All'esito dell'udienza pubblica del 1° dicembre 2015 la Sezione pronunciava l'ordinanza collegiale n. 1160 del 21 marzo 2016, con la quale provvedeva come segue:

(i) premetteva che, secondo le stesse dichiarazioni rese dalla difesa dell'appellante a.t.i. Mantovani nella memoria di replica del 19 novembre 2015, l'interesse a ricorrere, sin dal primo grado di giudizio, era circoscritto all'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara (datato 27 febbraio 2015 e comunicato con nota del 4 marzo 2015) limitatamente agli atti ed effetti consequenziali di escussione della fideiussione provvisoria e di segnalazione all'ANAC per l'annotazione nel casellario informatico, ossia in relazione a profili *«in nessun modo interessati dalla nomina del promotore»* (v. p. 2 della citata memoria), nonché ai fini dell'azione risarcitoria per equivalente monetario, precisando che l'esito del presente giudizio non aveva, pertanto, ripercussioni sullo svolgimento della procedura di evidenza pubblica, la quale sarebbe proseguita indipendentemente dalla pendenza e dall'esito del presente giudizio, attesa la limitazione degli effetti di un'eventuale sentenza di accoglimento ai soli atti sopra indicati e alla proposta domanda risarcitoria per equivalente monetario (con l'ulteriore rilievo che un tanto era stato chiarito già con l'ordinanza cautelare d'appello di questa Sezione n. 2545 del 10 giugno 2015, con la quale la domanda cautelare proposta dall'a.t.i. Mantovani era stata respinta – con motivazione diversa da quella posta a base dell'ordinanza cautelare di rigetto pronunciata dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa – tra l'altro sulla base del testuale rilievo che, *«a fronte del mancato superamento della prova di resistenza (essendosi l'originaria ricorrente, ammessa con riserva, classificata al quinto posto della graduatoria), difetta un interesse concreto ed attuale alla sospensione della procedura di evidenza pubblica»*);

(ii) vi deduceva, sul piano sostanziale, la persistenza del potere/dovere della stazione appaltante di definire la procedura di evidenza pubblica con la nomina del promotore e con la successiva stipulazione del contratto (che, ai sensi dell'art. 153, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006, è sospensivamente condizionata all'approvazione del progetto preliminare ed all'accettazione delle modifiche progettuali richieste dalla stazione appaltante), e, sul piano processuale, per un verso, l'infondatezza dell'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, sollevata dalla Provincia sotto il profilo della mancata impugnazione della nomina dell'a.t.i. Condotte a promotore, essendo l'azione giudiziaria intentata dall'appellante sorretta dal persistente interesse all'annullamento dell'atto di esclusione per i sopra individuati effetti (escussione della cauzione; segnalazione all'ANAC) e all'accoglimento della pretesa risarcitoria, nonché, per altro verso, l'infondatezza della riproposta eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, poiché la delimitazione dell'interesse perseguito dall'odierna appellante, nel senso sopra delineato, restringeva gli effetti di una eventuale sentenza di accoglimento ai soli rapporti con la Provincia

autonoma di Bolzano (e l'Agencia provinciale), nella qualità di stazione concedente/appaltante, delegata dall'Amministrazione statale, non avendo modo di incidere sull'affidamento della concessione e sul relativo rapporto;

(iii) nel merito, riteneva che assumesse carattere pregiudiziale la questione della compatibilità con il diritto euro-unitario della previsione dell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'art. 4, comma 2, lettera b), d.l. 13 maggio 2011, convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice* (v. sopra *sub* § 1.3.), nella parte in cui estendeva ai soggetti cessati dalle cariche sociali ivi specificate nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara la causa di esclusione costituita dalla pronuncia di sentenza di condanna passata in giudicato, di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 Cod. proc. pen., per i reati contemplati nella citata disposizione legislativa, «*qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata*» (così, testualmente, la citata disposizione), sulla base dei seguenti rilievi:

- ai fini della decisione della causa, in particolare ai fini della decisione del motivo d'appello *sub* § 4.a), era necessario investire la Corte di giustizia UE della questione pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto dell'Unione Europea di una normativa nazionale, quale quella dell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui estendeva il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna (comprese le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle pari) ai soggetti titolari di cariche nell'ambito delle imprese concorrenti, cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, e configurava una correlativa causa di esclusione dalla gara, qualora l'impresa non avesse dimostrato che vi fosse stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa, che consentiva alla stazione appaltante – anche alla luce del sopra citato parere dell'Autorità di Vigilanza e dell'ivi richiamata giurisprudenza nazionale – di introdurre, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara: (i) oneri informativi e dichiarativi relativi a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile (e, quindi, per definizione di esito incerto), non previsti dalla legge neppure in ordine ai soggetti in carica; (ii) oneri di dissociazione spontanea, indeterminati quanto alla tipologia delle condotte scriminanti, al relativo riferimento temporale (anche anticipato rispetto al momento di irrevocabilità della sentenza penale) e alla fase della procedura in cui devono essere assolti; (iii) oneri di leale collaborazione dal contorno indefinito, se non con richiamo alla clausola generale della buona fede;

- quali parametri del giudizio di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea venivano in rilievo l'art. 45, paragrafi 2, lettere c) e g), e 3, lettera a) della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 del 31 marzo 2004 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio – ed i principi di diritto europeo di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, di divieto di aggravio del procedimento e di massima apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici, nonché di tassatività e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie;

- non ricorrendo le condizioni di esenzione del giudice di ultima istanza dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE (cfr. Corte giust. UE, 6 ottobre 1982, *Cilfit*, C-283/81; 15 settembre 2005, *Intermodal Transport*, C-495/03), la Corte di giustizia doveva essere investita delle seguenti questioni pregiudiziali *ex art.* 267 TFUE (in parte sollecitate dall'odierna appellante sia nell'atto d'appello, sia nella memoria del 19 novembre 2015, e in parte formulate d'ufficio):

«Se osti alla corretta applicazione dell'art. 45, paragrafi 2, lettere c) e g), e 3, lett. a) della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 del 31 marzo 2004 e dei principi di diritto europeo di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, di divieto di aggravio del procedimento e di massima apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici, nonché di tassatività e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, una normativa nazionale, quale quella dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) e successive modificazioni, nella parte in cui estende il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna (comprese le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle pari), per i reati ivi indicati, ai soggetti titolari di cariche nell'ambito delle imprese concorrenti, cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, e configura una correlativa causa di esclusione dalla gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata di tali soggetti, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa che consente alla stazione appaltante di introdurre, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara:

(i) oneri informativi e dichiarativi relativi a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile (e, quindi, per definizione di esito incerto), non previsti dalla legge neppure in ordine ai soggetti in carica;

(ii) oneri di dissociazione spontanea, indeterminati quanto alla tipologia delle condotte scriminanti, al relativo riferimento temporale (anche anticipato rispetto al momento di irrevocabilità della sentenza penale) e alla fase della procedura in cui devono essere assolti;

(iii) oneri di leale collaborazione dal contorno indefinito, se non con richiamo alla clausola generale della buona fede»;

(iv) disponeva pertanto la rimessione alla Corte di giustizia UE della questione pregiudiziale euro-unitaria quale sopra formulata e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospendeva il giudizio in attesa della decisione della Corte di giustizia UE.

7. La Corte di giustizia pronunciava sulla questione pregiudiziale sopra sollevata con la sentenza n. 20 dicembre 2017 (nella causa C-178/16).

8. In esito alla presentazione da parte dell'appellante (in data 20 febbraio 2018) di istanza di fissazione d'udienza ai sensi dell'art. 80 Cod. proc. amm., la causa all'udienza pubblica del 13 dicembre 2018 è stata nuovamente trattenuta in decisione, previo deposito e scambio di memorie difensive.

9. Giova premettere, in linea pregiudiziale di rito, che le eccezioni di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse e di inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata notificazione al Ministero della Giustizia sono state respinte con le statuizioni di cui al punto 6.2. dell'ordinanza collegiale n. 1160/2016, aventi carattere decisorio e sostanza di sentenza, con la conseguente formazione del giudicato interno sulle questioni così respinte, sicché resta preclusa ogni rinnovata decisione sulle questioni medesime quale sollecitata della Provincia appellata nella memoria del 25 novembre 2018; ciò, in applicazione del generale principio processuale della prevalenza della sostanza sulla forma, applicabile anche al processo amministrativo, per cui, al fine di stabilire se un provvedimento abbia natura di ordinanza o di sentenza, occorre aver riguardo non già alla sua forma esteriore e alla qualificazione attribuitagli

dal giudice che lo ha emesso, ma agli effetti giuridici che esso è destinato a produrre, sicché deve definirsi sentenza il provvedimento con cui il giudice, pur senza definire il giudizio, pronunci su questioni di merito o (come nel caso di specie) sui presupposti e sulle condizioni processuali della domanda (v., *ex plurimis*, Cass. Civ. 19 febbraio 2018, n. 3945; Cass. Civ. 19 dicembre 2014, n. 27127).

10. Nel merito, l'appello è infondato, ad eccezione del motivo con cui viene specificamente impugnata la statuizione sulle spese.

10.1. Occorre precisare, in linea di fatto, che nella specie, ai fini del giudizio sull'integrazione, o meno, della causa escludente di cui all'art. dell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, viene in rilievo la posizione dell'ing. B. in seno alla Mantovani, il quale vi aveva rivestito la carica di amministratore delegato munito di rappresentanza legale fino al 6 marzo 2013 – dunque entro l'anno antecedente la pubblicazione del bando, avvenuta il 15 luglio 2013 –, data delle sue dimissioni 'forzate' in seguito a misure cautelari restrittive della libertà personale cui lo stesso è stato assoggettato pochi giorni prima per i reati che hanno condotto alla pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Tale sentenza, pronunciata dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Venezia il 5 dicembre 2013 in camera di consiglio (e, dunque, non in udienza pubblica dibattimentale), è stata pubblicata completa di motivazione in data 3 febbraio 2014 e divenuta irrevocabile il 29 marzo 2014, quindi successivamente alle dichiarazioni sull'assenza di cause ostative *ex art. 38, comma 1, lettera c)*, d.lgs. n. 163 del 2006, rese dal legale rappresentante della Mantovani il 4 ed il 16 dicembre 2013, con conseguente inconfigurabilità della causa escludente della falsità delle dichiarazioni rese in sede di gara, sorgendo l'obbligo dichiarativo solo con l'irrevocabilità delle sentenze penali contemplate dalla citata disposizioni normativa (infatti, anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE richiede la definitività della sentenza penale).

Sebbene la pendenza del procedimento penale fosse di pubblico dominio ancora prima della pubblicazione e del passaggio in giudicato della sentenza penale nei confronti dell'*ex*-amministratore – tant'è che l'autorità di gara, sin dalla seduta del 9 gennaio 2014, ha ammesso l'a.t.i. Mantovani con riserva alle ulteriori fasi di gara, in funzione del chiarimento della posizione dell'*ex*-amministratore –, e sebbene la stazione appaltante, nell'esercizio dei poteri istruttori, avesse acquisito il certificato del casellario giudiziale relativo all'ing. B. (con richiesta dell'8 maggio 2014 alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano; v. doc. 7 del fasc. di primo grado), da cui risultava la pronuncia della sentenza penale a carico di quest'ultimo (e la data in cui la stessa era divenuta irrevocabile), la stazione appaltante, a scioglimento della riserva, ha escluso l'a.t.i. Mantovani dalla gara in ragione dell'insufficiente e tardiva dimostrazione della dissociazione dalla condotta penalmente rilevante dell'*ex* amministratore ing. B., desunta principalmente dall'elemento indiziario costituito dalla mancata tempestiva comunicazione alla stazione appaltante degli eventi penalmente rilevanti concernenti tale soggetto, qualificata come violazione del dovere di leale collaborazione con la stazione appaltante (v. p. verbale del 27 febbraio 2015), alla cui luce gli atti indicati dall'a.t.i. Mantovani come dissociativi nella memoria procedimentale del 10 giugno 2014 sono stati ritenuti inadeguati e tardivi. In altri termini, la Mantovani è stata esclusa dalla procedura di evidenza pubblica per aver comunicato tardivamente e in modo incompleto gli elementi che dimostrassero che si fosse dissociata dalla condotta del suo amministratore. In particolare, le è stato contestato il fatto di non aver indicato, nelle sue dichiarazioni del 4 e del 16 dicembre 2013, che nei confronti del suo *ex* amministratore si era svolto un procedimento penale che aveva dato luogo a una sentenza di condanna con applicazione della pena su richiesta, emessa in camera di consiglio il 6 dicembre 2013.

La motivazione della stazione appaltante si muove in sostanziale aderenza all'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte concernente i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, fornita dall'Autorità di vigilanza nel parere del 27 febbraio 2015 (v. sopra *sub* § 1.10.) in risposta al secondo quesito formulato dalla stazione appaltante, nonché in aderenza all'ivi richiamato orientamento giurisprudenziale.

10.2. Ciò posto in linea di fatto, si osserva in linea di diritto che, in esito al responso fornito dalla Corte di giustizia UE con la sentenza del 20 dicembre 2017, di cui sopra *sub* § 7., sulle questioni pregiudiziali sollevate da questa Sezione con l'ordinanza, di cui sopra, *sub* § 6., quali precisate dalla Corte medesima, non può che ritenersi legittimo il gravato provvedimento di esclusione della stazione appaltante, con conseguente infondatezza del primo, complesso motivo d'appello *sub* § 4.a).

10.2.1. Il principale parametro di giudizio della compatibilità euro-unitaria della disciplina interna di cui all'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006 (nella versione applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*), quale applicata dalla stazione appaltante prima e dal T.a.r. poi, è costituita dall'articolo 45 della direttiva 2004/18, intitolato «*Situazione personale del candidato o dell'offerente*», che dispone testualmente:

«1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza, per una o più delle ragioni elencate qui di seguito: [...] Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie. Se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti. In funzione del diritto nazionale dello Stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente.

2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: [...]

c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale;

d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice; [...]

g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni.

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo.

3. *Le amministrazioni aggiudicatrici accettano come prova sufficiente che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di cui al paragrafo 1 e al paragrafo 2, lettere a), b), c), e) e f) quanto segue:*

a) per i casi di cui al paragrafo 1 e al paragrafo 2, lettere a), b) e c), la presentazione di un estratto del casellario giudiziale o, in mancanza di questo, di un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa del paese d'origine o di provenienza, da cui risulti che tali requisiti sono soddisfatti; [...]».

Ebbene, la Corte di giustizia, nella citata sentenza, ha rilevato che:

- l'articolo 45, paragrafo 1, in fine, della direttiva 2004/18 ammette, nell'ambito delle cause obbligatorie di esclusione, che il diritto nazionale possa tener conto dell'esistenza di condotte riprovevoli da parte degli amministratori della persona giuridica, sicché nulla osta a che gli Stati membri, qualora mettano in atto la causa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, ritengano che la condotta di un amministratore che rappresenta l'impresa offerente sia imputabile a quest'ultima (paragrafo 34 della sentenza);

- nemmeno la circostanza che gli elementi fattuali che possono condurre all'esclusione dell'offerente risultino dalla condotta di un amministratore che abbia cessato le proprie funzioni alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto può ostare all'applicazione di tale causa di esclusione (paragrafo 37);

- spetta allo Stato membro determinare, tenendo conto del principio di proporzionalità, la data a decorrere dalla quale un siffatto comportamento può giustificare l'esclusione dell'offerente (paragrafo 38);

- per quanto riguarda, inoltre, la questione se un reato abbia o meno inciso sulla moralità professionale dell'impresa offerente, si deve constatare che la partecipazione all'emissione di fatture false da parte dell'amministratore di una società può essere ritenuta un reato che incide sulla moralità professionale (paragrafo 39);

- per quanto concerne la condizione secondo cui la sentenza deve essere passata in giudicato, va osservato che tale condizione è stata soddisfatta nel procedimento principale, dato che la decisione di esclusione è stata adottata dopo che la sentenza relativa al sig. B. era passata in giudicato (paragrafo 40);

- conformemente alla giurisprudenza citata al paragrafo 31 della sentenza, lo Stato membro ha il diritto di attenuare le condizioni dell'applicazione delle cause facoltative di esclusione e, pertanto, di rinunciare ad applicare una causa di esclusione in caso di dissociazione dell'impresa offerente dalla condotta che costituisce reato: in tal caso, esso ha altresì il diritto di determinare le condizioni di tale dissociazione e di richiedere, come avviene nel diritto italiano, che l'impresa offerente informi l'amministrazione aggiudicatrice della condanna subita dal suo amministratore, anche se tale condanna non è ancora definitiva;

- l'impresa offerente, che deve soddisfare tali condizioni, può presentare tutte le prove che, a suo avviso, dimostrano una siffatta dissociazione (paragrafo 42);

- se detta dissociazione non può essere dimostrata in modo tale da convincere l'amministrazione aggiudicatrice, ne consegue necessariamente che si applica la causa di esclusione (paragrafo 43);

- l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 si presta ad essere applicato in una situazione in cui la sentenza che constata un reato che incide sulla moralità professionale dell'amministratore di un'impresa offerente non sia ancora definitiva, sicché tale disposizione consente l'esclusione di un'impresa offerente che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice (paragrafo 44);

- a tale riguardo, si deve constatare che i rilievi, di cui ai sopra riportati paragrafi da 34 a 43 della sentenza, sono validi e applicabili *mutatis mutandis* per quanto concerne l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale.

- rispetto all'applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, una delle differenze consiste nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice può provare, con «*qualsiasi mezzo di prova*», la sussistenza di un siffatto errore grave (paragrafo 46);

- a tal fine, una decisione di tipo giurisdizionale, pur non ancora definitiva, può, a seconda dell'oggetto di tale decisione, fornire all'amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave errore professionale, ove tale decisione può comunque essere sottoposta a controllo giurisdizionale (paragrafo 47);

- a ciò si aggiunge che, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera g), della direttiva 2004/18, un offerente può essere escluso se si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni, ma anche qualora non fornisca le informazioni che possono essere richieste a norma della sezione 2 del capo VII del titolo II di tale direttiva, vale a dire quelle riguardanti i «*criteri di selezione qualitativa*», e, in tal senso, il fatto di non informare l'amministrazione aggiudicatrice della condotta penalmente rilevante dell'ex-amministratore può anch'esso costituire un elemento che consente, in forza di tale disposizione, di escludere un offerente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (paragrafo 48);

- né è ravvisabile la violazione del principio della parità di trattamento, in quanto, tenuto conto dell'obiettivo di tale normativa, che mira a tutelare l'integrità della procedura di appalto pubblico, la situazione di un'impresa offerente il cui amministratore abbia commesso un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa o un grave errore professionale non può essere ritenuta equiparabile a quella di un'impresa offerente il cui amministratore non si sia reso colpevole di una siffatta condotta (paragrafo 51);

- nel caso di specie, tenuto conto del procedimento principale, non vengono neppure in rilievo i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di trasparenza (paragrafo 52);

- né, infine, è ravvisabile una violazione del principio di proporzionalità, poiché la considerazione di un comportamento illecito nel corso dell'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara di appalto pubblico non appare sproporzionata, tanto più che la normativa di cui al procedimento principale prevede che l'impresa può dimostrare di essersi effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suo amministratore (paragrafi 52 e 53).

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di giustizia perveniva alla conclusione che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c), d) e g), della direttiva 2004/18, nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consente all'amministrazione aggiudicatrice:

- di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico, e

- di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore.

10.2.2. Applicando le sopra riportate coordinate ermeneutiche alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, deve, in primo luogo, ritenersi legittima la motivazione del gravato provvedimento di esclusione di cui al verbale del 27 febbraio 2015, comunicato con la nota del 4 marzo 2015, incentrata sulla valorizzazione, quale indice della mancata dissociazione dell'impresa dalla condotta dell'amministratore delegato sig. B., dell'omessa tempestiva dichiarazione della condanna non ancora definitiva pronunciata nei confronti dell'amministratore, cessato dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara, in violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 163 del 2006 come interpretato dalla giurisprudenza nazionale citata nella qui impugnata sentenza, in aderenza alla disciplina euro-unitaria quale ricostruita dalla sentenza della Corte di giustizia, per cui il fatto di non informare l'amministrazione aggiudicatrice della condotta penalmente rilevante dell'*ex*-amministratore ben può costituire un elemento che consente, in forza di tale disciplina, di escludere un offerente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

In secondo luogo, la ricostruzione della sequenza cronologica delle dichiarazioni di gara e delle vicende penali e societarie, contenuta nel provvedimento di esclusione, è aderente alle risultanze istruttorie documentali, e la valutazione della stazione appaltante in ordine alla carenza di elementi di prova univoci circa la tempestiva, completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente rilevante dell'amministratore è sorretta da una motivazione puntuale e precisa, scevra da vizi di manifesta illogicità o irragionevolezza e, come tale, sottratta al sindacato giurisdizionale. Particolarmente significativa è, al riguardo, la circostanza del non tempestivo avvio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, deliberato dal consiglio di amministrazione della Mantovani solo dopo la richiesta di chiarimento della stazione appaltante.

In terzo luogo, la stazione appaltante, dapprima ammettendo l'odierna appellante con riserva e poi avviando un procedimento di precontenzioso dinanzi all'ANAC, attendendo il relativo esito prima dell'adozione del provvedimento di esclusione – ripetesì, sorretto da puntuale motivazione circa l'inidoneità dei singoli atti indicati dalla Mantovani ad integrare gli estremi dell'invocata fattispecie dissociativa –, ha rispettato tutte le garanzie procedimentali, senza appiattirsi su un paventato apodittico 'automatismo' decisionale.

Per le esposte considerazioni, di natura assorbente, deve essere respinto il primo motivo d'appello *sub* § 4.a).

10.3. Inammissibile è il secondo motivo d'appello *sub* § 4.b), in quanto, per un verso, del tutto generico, e, per altro verso, privo dei presupposti per la deducibilità di motivi aggiunti in appello ai sensi dell'art. 104, comma 3, Cod. proc. amm., anche tenuto conto dell'onere di proporre tempestivo ricorso *ex art.* 116 Cod. proc. amm. dinanzi al giudice di primo grado avverso il diniego di accesso opposto dalla stazione appaltante in ordine alla medesima documentazione richiesta

nella presente sede, cui sostanzialmente si correlano i motivi aggiunti, a pena di elusione di detto onere processuale.

10.4. In reiezione del terzo motivo *sub* § 4.c) è sufficiente rilevare che l'incameramento della cauzione provvisoria e l'attivazione del procedimento di segnalazione costituiscono una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, essendo, in particolare, l'istituto della cauzione provvisoria presentata dal concorrente in sede di gara finalizzato a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro e privo di carattere sanzionatorio amministrativo in senso proprio, ed integrando il relativo incameramento un effetto automatico della violazione di regole e doveri espressamente accettati nell'ambito del rapporto con la stazione appaltante (v. sul punto, per tutte, Ad. Plen. 10 dicembre 2014, n. 34).

10.5. La sopra confermata legittimità del provvedimento di esclusione e dei consequenziali atti di escussione della cauzione e di segnalazione escludono la configurabilità di una responsabilità risarcitoria, con conseguente conferma della correlativa statuizione reiettiva contenuta nell'impugnata sentenza.

10.6. Merita, invece, accoglimento il motivo d'appello *sub* § 4.d), dedotto avverso la statuizione di condanna dell'odierna appellante a rifondere alle amministrazioni resistenti le spese di primo grado.

Infatti, la questione centrale della presente controversia presentava elementi di novità, tant'è che, nel presente grado, si è imposta l'esigenza di sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE, sicché si ravvisano giusti motivi per dichiarare le spese sia del primo grado di giudizio (*in parte qua*, in riforma della correlativa statuizione del T.r.g.a.) sia del presente grado interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 8263 del 2015), lo accoglie limitatamente al motivo d'impugnazione dedotto avverso la statuizione sulle spese del primo grado, respingendolo nel resto; dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti. ,

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Bernhard Lageder

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO