Pubblicato il 19/03/2024

N. 00672/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00753/2023 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 753 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-. –-OMISSIS-i –-OMISSIS-– -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale D'Angiolillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Teora, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto La Gloria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Salerno, l.go Dogana Regia 15;

nei confronti

-OMISSIS- Impresa Edile di-OMISSIS-, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione n. -OMISSIS- (n.-OMISSIS- reg. gen.), avente ad oggetto "Intervento di messa in sicurezza del dissesto idrogeologico in località -OMISSIS-: -OMISSIS-- Provvedimento di revoca in autotutela ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c bis) del d. lgs n. 50/2016 dell'aggiudicazione alla ditta seconda classificata", con la quale il Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Teora (AV) ha revocato in autotutela l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, già disposta in favore di «-OMISSIS-l.» con la determinazione n. -OMISSIS- del -OMISSIS-.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-. –- OMISSIS-i –-OMISSIS-– -OMISSIS- il 19/10/2023:

Determinazione n. -OMISSIS- (n. -OMISSIS- reg. sett.), a firma del Responsabile p.t. del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Teora, avente ad oggetto "Approvazione verbale di gara, scorrimento graduatoria e aggiudicazione definitiva dei lavori alla terza classificata" e determinazione n. -OMISSIS- a firma del predetto Responsabile p.t., avente ad oggetto "Determina di avvenuta efficacia dell'aggiudicazione", comunicate a mezzo p.e.c. il -OMISSIS- e pubblicate, in pari data, sul profilo del committente;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Teora;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2024 la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Amministrazione Comunale di Teora ha indetto, con lettera di invito prot. n.-OMISSIS-, procedura negoziata telematica, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, per l'affidamento dei lavori di "*Messa*

in sicurezza del dissesto idrogeologico in località -OMISSIS-" per un importo complessivo di € 998.955,00.

2. All'esito della gara:

- con determinazione n. -OMISSIS- è stata approvata la graduatoria definitiva - che ha visto collocarsi nelle prime tre posizioni, rispettivamente, -OMISSIS- -OMISSIS-.-OMISSIS-S.c.Ar.l. (d'ora innanzi, -OMISSIS-.) Impresa Edile Di-OMISSIS- – ed è stata disposta l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-;

- l'aggiudica in favore di -OMISSIS- è stata revocata con determinazione n. -OMISSIS- e, con successiva determina n. 186 del 9 dicembre 2022, previo scorrimento della graduatoria, la gara è stata aggiudicata ad -OMISSIS-.; la determinazione di revoca e la conseguente aggiudica ad -OMISSIS-. sono state impugnate innanzi a questo TAR da -OMISSIS-, con ricorso incardinato con n. 12/2023 R.G.;

- da ultimo, l'aggiudicazione disposta in favore di -OMISSIS-. è stata revocata con determina n. -OMISSIS-.

2. Avverso la determina da ultimo indicata è insorta -OMISSIS-., che ne ha chiesto l'annullamento previa sospensiva sulla base di sette motivi motivi, così rubricati:

I.*VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, COMMI 1, 3 E 5, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA;*

II. VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, COMMI 1, 3 E 5, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.;

ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DELLE "LINEE GUIDA" ANAC N. 6 (PUNTI 6.2, 6.3, 6.4 E 6.5) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA;

III. VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, COMMI 1, 3 E 5, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA;

IV- VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80, COMMI 5 E 10-BIS, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE DEL 24.2.2014 – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA;

V. VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 45, COMMA 2, LETT. C), 48, COMMI 17, 18 E 19-TER, E 80, COMMA 5, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ARTT. 1, 2 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ –

PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA;

VI. VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 21-QUINQUIES L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I. IN RELAZIONE ALL'ART. 80, COMMA 5, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DEL CONTRADDITTORIO PROCEDIMENTALE;

VII.VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 1, 2, 3, 7 E 10 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I. IN RELAZIONE ALL'ART. 80, COMMA 5, D.LGS. 18.4.2016, N. 50 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DEL CONTRADDITTORIO PROCEDIMENTALE.

3. Si è costituito il Comune di Teora, che ha insistito per il rigetto del ricorso siccome infondato, eccependo altresì l'inammissibilità del primo motivo di gravame per carenza di interesse.

4. Con ordinanza n. 203 del 22 maggio 2023 è stata respinta la domanda cautelare.

5. Il Comune ha depositato in giudizio la determina n. -OMISSIS- (con la quale è stata disposta l'aggiudicazione in favore della terza classificata, Impresa Edile-OMISSIS-) eccependo l'improcedibilità del gravame in ragione della sua omessa impugnazione; l'Ente locale ha altresì versato in atti il contratto di appalto sottoscritto in data-OMISSIS-.

6. L'udienza pubblica fissata per il 11 ottobre 2023 è stata rinviata, su richiesta concorde delle parti, per la necessità di proporre motivi aggiunti avverso la citata determina n.-OMISSIS-3, nonché per la pendenza dinanzi al Consiglio di Stato dell'appello sulla sentenza di questa Sezione n. 1170/2023, che ha rigettato il ricorso n. 12/2023 R.G. proposto da -OMISSIS-.

7. Con atto di motivi aggiunti notificati il 17 ottobre 2023 e depositati il successivo 19 ottobre -OMISSIS-. ha impugnato le determine n. -OMISSIS- e n. -OMISSIS- (con cui è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione), lamentandone l'illegittimità derivata dai vizi dedotti con il ricorso introduttivo.

8. In vista dell'udienza, le parti hanno versato in atti la sentenza n. -OMISSIS- del Tribunale di Avellino (di assoluzione del sig. S.D.V. "*perché il fatto non sussiste*") e la sentenza n. 804/2024 del Consiglio di Stato (che ha respinto l'appello proposto da -OMISSIS-) nonché prodotto memorie e memorie di replica a sostegno delle già spiegate difese.

8.1. All'udienza pubblica del 6 marzo 2024 la causa è stata introitata in decisione.

9. È fondata l'eccezione di carenza di interesse formulata dal Comune resistente con riguardo al primo motivo di gravame, a mezzo del quale la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'avversata revoca nella parte in cui ha ritenuto non veritiere le dichiarazioni rese da -OMISSIS-., facendone conseguire l'automatica esclusione dell'operatore.

La determina n.-OMISSIS- si configura infatti quale atto plurimotivato, in quanto disposta sulla base sia della qualificazione della dichiarazione resa dal ricorrente come non veritiera, sia del riscontro di omissioni dichiarative (in relazione alle quali è stato attivato un procedimento di valutazione in contraddittorio con l'operatore economico), sia, ancora, della ritenuta sussistenza di un grave illecito professionale.

Venendo quindi in rilievo l'impugnazione di un provvedimento sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, logicamente indipendenti e non contraddittorie, la legittimità di una sola di esse è sufficiente a sorreggerlo, di modo che "*il giudice - ove ritenga infondate le censure indirizzate nei confronti di uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo di per sé a sostenerne e a comprovarne la legittimità, ha potestà di respingere il ricorso sulla sola scorta di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte nei confronti degli altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono stati articolati, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze*" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 aprile 2022, n. 4155).

Orbene, ritiene il Collegio che – in disparte la configurabilità di una "falsa dichiarazione" - le ulteriori motivazioni poste a base dell'atto gravato siano sufficienti a sorreggerlo, come meglio esplicitato nei paragrafi che seguono.

10. Con il secondo e il terzo motivo, suscettibili di esame congiunto in ragione della loro intrinseca connessione, la ricorrente lamenta l'inadeguatezza del giudizio di inaffidabilità espresso dalla stazione appaltante, in quanto: a) nessun illecito professionale sarebbe ascrivibile alla -OMISSIS-. poiché le vicende contestate ai consiglieri S.D.V. e P.D.A. si riferiscono a condotte poste in essere nella qualità di legale rappresentante o amministratore unico di altre persone giuridiche; b) le vicende di rilievo penale sono in fase embrionale, non essendo sfociate in alcuna condanna né nell'adozione di misure cautelari o provvedimenti interdittivi, ed anzi, per quanto attiene al sig. S.D.V., esitate nella assoluzione piena; c) è del

tutto mancata una valutazione effettiva e in concreto dell'affidabilità dell'operatore economico, essendosi limitata la stazione appaltante a svolgere considerazioni astratte e formali, mediante l'impiego di mere clausole di stile.

10.1. Le doglianze non hanno pregio.

10.2. Preliminarmente, in punto di fatto, si osserva che le vicende oggetto di contestazione – emerse, in sede di verifica dei requisiti, dal certificato dei carichi pendenti rilasciato dalla Procura della Repubblica di Benevento - afferiscono:

- al reato di alterazione del paesaggio a mezzo di lavori abusivi (ex art. 44, comma 1, lett. c), D.P.R. n. 380/2001 e artt. 142, lett. c) e 182 d.lgs. n. 42/2004) commesso dal sig. S.D.V. quale legale rappresentante della ditta "M. & D. impresa stradale s.r.l." (cfr. decreto di citazione diretta a giudizio dell'11.11.2020);
- ai reati di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti per € 480.000,00 (art. 2 d.lgs. n. 74/2000; cfr. richiesta di rinvio a giudizio del 7.1.2020) e di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali per € 13.000,00 (art. 2, comma 1 *bis*, d.l. n. 683/1983; cfr. richiesta di emissione di decreto penale di condanna del 27.5.2020 e decreto di citazione diretta a giudizio del 24.3.2021) commessi dal sig. P.D.A. quale amministratore unico della "-OMISSIS-".

10.3. Tanto premesso, diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente, la circostanza che le citate condotte penalmente rilevanti siano state poste in essere nell'esercizio di funzioni imprenditoriali afferenti ad altre società non conduce ad eliderne la rilevanza ai fini del giudizio di affidabilità dell'operatore economico.

Laddove infatti la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società sia giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può

essere considerata - in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione - anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni; ciò in quanto "*non è corretta la pretesa … di distinguere concettualmente l'impresa (in quanto tale, un'entità puramente giuridica) dai soggetti - di cui all'art. 80 comma 3 - per il tramite dei quali, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, la medesima impresa concretamente opera sul mercato*" (Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107).

La giurisprudenza ha infatti a più riprese ribadito (da ultimo, Consiglio di Stato sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1786) che "*allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, la giurisprudenza risulta propensa ad adottare, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del "contagio". In pratica la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio", ossia de facto e dunque prescindendo dalla tematica dell'imputazione degli atti*".

È dato in questo modo seguito a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria 6 novembre 2013, n. 24, secondo cui la finalità della normativa sui requisiti di idoneità morale è quella di "*assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società ... per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società*".

10.4. Non determina, inoltre, l'irrilevanza delle vicende la circostanza che gli accertamenti in sede penale siano in fase embrionale (non essendo sfociati in alcuna condanna né nell'adozione di misure cautelari o provvedimenti interdittivi), ed anzi, per quanto attiene al sig. S.D.V., si siano conclusi con l'assoluzione piena dagli addebiti contestati.

Come già rilevato dalla Sezione in fattispecie analoghe, infatti, "*secondo l'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs n. 50/2016, la Stazione appaltante può procedere all'esclusione del concorrente qualora riesca a dimostrare, mediante "mezzi adeguati", che allo stesso sia imputabile un grave illecito professionale; la disposizione riserva all'Amministrazione un ampio potere discrezionale anche nell'individuazione degli strumenti probatori della specifica causa di esclusione. La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale. Tali possono essere anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione*" (TAR Campania Salerno, sez. I, 10 giugno 2022 n. 1626, confermata da Cons. St., Sez. V, 15.3.2023 n. 2726).

Occorre infatti sottolineare come l'illecito professionale (ancorché, per ipotesi, emerso nell'ambito di un processo penale) costituisce fattispecie del tutto distinta, la quale non presuppone la configurabilità di un reato, né l'accertamento definitivo di una condotta (essendo sufficiente la dimostrazione "con mezzi adeguati" in sede evidenziale), né un grado di certezza nella valutazione (essendo necessario, ma anche sufficiente che la stazione appaltante "dubiti" dell'affidabilità dell'impresa): "*l'illecito professionale, quindi, configura strumento di anticipazione della tutela della posizione contrattuale della committente pubblica rispetto ai possibili rischi di inaffidabilità dell'operatore, ed opera, quindi, a prescindere da un eventuale accertamento definitivo in sede penale (che può anche non sussistere)*" (Consiglio di Stato sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584).

Non conduce inoltre all'accoglimento della censura l'assoluzione del sig. S.D.V. (disposta con sentenza del Tribunale di Avellino n. 1661 del 23.6.2023), non solo in applicazione del noto principio *tempus regit actum*, in omaggio al quale la legittimità del provvedimento amministrativo va valutata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, ma anche in quanto la stessa lascia inalterata la posizione dell'altro consigliere, attinto da procedimenti penali per vicende incluse dalla stazione appaltante fra "*i profili che maggiormente incrinano il giudizio di affidabilità morale*".

10.5. Né, sotto diverso ma complementare profilo, potrebbe sostenersi che l'amministrazione non abbia adeguatamente motivato in ordine alle ragioni concrete che giustificavano l'esclusione dalla gara, essendosi limitata a richiamare acriticamente la mera esistenza di richieste di giudizio avanzate dal P.M., in assenza di un'autonoma valutazione dei fatti ivi enucleati ai fini della verifica della loro attitudine ad incidere o meno sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore.

L'amministrazione, infatti, individuati possibili motivi di esclusione in ragione dei procedimenti penali emersi a carico dei due consiglieri, con nota prot. n. -OMISSIS-ha avviato il procedimento teso a garantire il contraddittorio con l'operatore economico, richiedendo con successiva nota prot. n. 903 del 18 febbraio 2023 integrazioni documentali concernenti "*tutti i decreti di rinvio a giudizio emessi*".

All'esito di tale istruttoria, con il gravato provvedimento la stazione appaltante ha specificato dettagliatamente i contenuti dei fatti contestati, come emergenti dai provvedimenti giudiziari acquisiti, valutando rilevanti le vicende penali ai fini dello scrutinio di affidabilità in ragione del fatto che trattasi di "*reati gravi contro la pubblica amministrazione*", ed in particolare di reati tributari, in materia previdenziale e assistenziale ed urbanistici, annoverati fra quelli inclusi in via esemplificativa dalle linee guida ANAC

nelle n. 6, "*autonomamente valutabili dall'amministrazione, stante l'assunto che, secondo giurisprudenza costante….spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio di ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, anche se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale o civile".*

A giudizio del Collegio l'amministrazione ha pertanto puntualmente esposto le ragioni in base alle quali si è determinata, anche alla luce dei chiarimenti forniti, a esitare negativamente il giudizio di affidabilità professionale (risultando pertanto inconferente il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 7492/2023, riferita ad un'ipotesi in cui era mancata "*una puntuale e adeguata valutazione delle vicende, pur richiamate (genericamente) dalla stazione appaltante, tale da rendere manifeste le ragioni per cui le stesse avrebbero in concreto determinato l'inaffidabilità dell'operatore economico rispetto all'affidamento in corso*").

Né tali valutazioni - soggette ai "*consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» …. limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai princìpi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione*" (Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16) - risultano abnormi, ovvero presentano profili contraddittori, dovendosi ritenere che del tutto legittimamente e ragionevolmente la stazione appaltante ha ritenuto da tali elementi la sussistenza di illeciti professionali in grado di incidere sull'affidabilità del concorrente, in considerazione della natura e della gravità dei reati commessi.

11. Con il quarto motivo la ricorrente deduce che la stazione appaltante avrebbe altresì disatteso il limite temporale di tre anni sancito dall'art. 80,

comma 10 *bis*, d.lgs. n. 50/2016, avendo indebitamente ancorato il termine di decorrenza del triennio alle date delle richieste del P.M. (di rinvio a giudizio, di citazione diretta a giudizio e di emissione del decreto penale di condanna), laddove gli illeciti erano già stati formalmente contestati dalle amministrazioni competenti prima che i fatti sfociassero nelle citate richieste (e, segnatamente: con verbale dei Carabinieri Forestali del 3.10.2019 quanto al sig. S.D.V.; con processo verbale di constatazione del 23.10.2018 e con accertamenti dell'INPS del 6.9.2018 per quanto attiene al sig. P.D.A.).

11.1. Il motivo non può essere condiviso.

11.2. La censura, tenuto conto che la gara è stata bandita con lettera di invito del 9 agosto 2022, è in primo luogo infondata già in punto di fatto con riferimento alla posizione del sig. S.D.V., tenuto conto che l'accertamento richiamato dalla ricorrente (verbale dei Carabinieri Forestali del 3.10.2019) si situa comunque all'interno del triennio utile.

11.3. Per quanto riguarda invece i reati ascritti al sig. P.D.A., con riferimento all'individuazione del *dies a quo* del termine triennale giova richiamare quanto già ritenuto dalla Sezione nella sentenza n. 1170/2023, concernente la medesima procedura di gara: "*L'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, concernente i motivi di esclusione, si sofferma sulla rilevanza temporale di tali motivi al paragrafo 7, laddove così recita: "in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri […] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4". Il paragrafo 4 richiamato dall'ultimo periodo della norma in esame (<<tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4>>), nel disciplinare i motivi facoltativi di*

esclusione, delinea nove diverse fattispecie (rubricate dalla lettera "a" alla lettera "i"), contemplando in particolare, alla lett. c), la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali (che viene in rilievo nella presente fattispecie). Orbene, la Corte di giustizia U.E. (Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17) - nel riferirsi peraltro specificamente alla diversa ipotesi di cui alla lett. d), concernente <<l'operatore economico che ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza>> - ha precisato che: - "sebbene il paragrafo 7 dell'articolo 57 della direttiva 2014/24 non precisi ulteriormente la natura del «fatto in questione» né, in particolare, il momento in cui esso si verifica, occorre rilevare che tale disposizione prevede, per i motivi di esclusione obbligatori di cui al paragrafo 1 di tale articolo e quando il periodo di esclusione non sia stato fissato con sentenza definitiva, che detto periodo di cinque anni deve essere calcolato dalla data della condanna con sentenza definitiva, senza tener conto della data dei fatti che hanno dato luogo a tale sentenza di condanna. Pertanto, per i suddetti motivi di esclusione, tale periodo è calcolato a decorrere da una data che, in determinati casi, è di molto successiva alla commissione dei fatti costitutivi della violazione"; - "nel caso di specie, il comportamento che integra il pertinente motivo di esclusione è stato sanzionato da una decisione dell'autorità competente pronunciata nell'ambito di una procedura disciplinata dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale e intesa a constatare un comportamento che viola una norma di diritto. In tale situazione, per ragioni di coerenza con le modalità di calcolo del termine previsto per i motivi obbligatori di esclusione, ma anche di prevedibilità e di certezza del diritto, occorre ritenere che il periodo di tre anni di cui all'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 sia calcolato a decorrere dalla data della suddetta decisione";- "tale soluzione appare tanto più giustificata in quanto….l'esistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza può essere dimostrata solo dopo una decisione che qualifichi giuridicamente i fatti in tal senso"; - "di conseguenza, il periodo di esclusione deve essere calcolato a decorrere non dalla partecipazione all'intesa, bensì dalla data in cui il comportamento è stato oggetto di una constatazione di violazione da parte dell'autorità competente". Secondo la Corte di Giustizia, dunque, il <<fatto in questione>> (che

rileva quale dies a quo, ai fini della rilevanza triennale del motivo di esclusione) non è il fatto inteso in senso fenomenico, ma il fatto in senso giuridico, in quanto oggetto di formale accertamento e constatazione da parte dell'Autorità pubblica (e qualificato da tale attività). Ritiene il Collegio che le medesime considerazioni svolte dalla Corte di Giustizia con riferimento alla previsione di cui alla lett. d) possano valere con riguardo alla fattispecie di cui alla lett. c) del medesimo paragrafo 4, in quanto tale paragrafo è richiamato nella sua interezza dal paragrafo 7, contenente la disciplina del limite di rilevanza temporale dei motivi di esclusione. Si deve quindi ritenere che il 'fatto' sia rappresentato non dalla condotta penalmente rilevante, nella sua materiale storicità, bensì dalla contestazione della condotta criminosa, che la qualifichi giuridicamente come tale".

Tanto premesso, ritiene il Collegio che, laddove la fattispecie escludente sia rappresentata da un fatto penalmente rilevante, il *dies a quo* del termine triennale debba essere ancorato alla sua contestazione in giudizio in sede penale.

Come chiarito infatti dalla giurisprudenza amministrativa per individuare *il dies a quo* del termine triennale deve aversi riguardo alla data (non di qualsivoglia accertamento del fatto, ma) dell'accertamento del fatto "*idoneo a conferire a quest'ultimo una qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto*" (Consiglio di Stato sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611) e, dunque, laddove venga in rilievo una condotta penalmente rilevante, all'atto di esercizio dell'azione penale, che reca in sé la qualificazione della condotta quale "criminosa" e in quanto tale "*rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto*".

Tanto anche considerato che la valenza escludente del fatto sintomatico dell'inaffidabilità del concorrente presuppone che esso abbia attinto, sul piano probatorio, una soglia minima di consistenza *"quale può ritenersi rappresentata dall'idoneità degli elementi raccolti dal P.M. a sostenere l'accusa in giudizio (arg. ex art. 425, comma 3, Cod. proc. pen., secondo cui, all'esito dell'udienza*

preliminare, "il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio)" (Consiglio di Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 958) e che il necessario rispetto delle rispettive competenze del giudice penale e dell'Amministrazione, laddove si verta in tema di fatti penalmente rilevanti, impone che la seconda ponga a fondamento delle sue determinazioni i soli fatti che siano stati sottoposti ad un preliminare controllo di attendibilità da parte del secondo (in termini, Consiglio di Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 958, cit.).

La suddetta impostazione risulta peraltro recepita anche dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 il quale, pur non applicabile *ratione temporis*, può peraltro assumere valenza in chiave esegetica. Il nuovo codice dei contratti, infatti, all'art. 96, comma 10, precisa che le cause di esclusione di cui all'art. 95, comma 1, lett. e (riferite all'ipotesi in cui l'offerente "*abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati*") rilevano per tre anni decorrenti "*dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98*".

Né depone in senso contrario il passaggio della sentenza di questa Sezione n. 1170/2023, invocato dalla ricorrente, ove si afferma che "*il «fatto in questione» (che rileva quale dies a quo, ai fini della rilevanza triennale del motivo di esclusione) non è il fatto inteso in senso fenomenico, ma il fatto in senso giuridico, in quanto oggetto di formale accertamento e constatazione da parte dell'autorità pubblica (e qualificato da tale attività)*", posto che il richiamo alla "autorità pubblica" deve essere inteso come riferito all'autorità deputata alla "qualificazione" del fatto, come peraltro meglio esplicitato nel passaggio successivo della

medesima sentenza, ove si è evidenziato che "*si deve quindi ritenere che il 'fatto' sia rappresentato non dalla condotta penalmente rilevante, nella sua materiale storicità, bensì dalla contestazione della condotta criminosa, che la qualifichi giuridicamente come tale*".

11.4. Applicando gli enunciati principi al caso di specie, deve dunque ritenersi che il termine triennale di rilevanza non sia decorso tenuto conto che l'azione penale è stata esercitata, quanto all'omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali, in data -OMISSIS- (cfr. richiesta di emissione di decreto penale di condanna, in atti) e, quanto all'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, in data 7 gennaio 2020 (cfr. richiesta di rinvio a giudizio, pure in atti).

12. Con il quinto motivo la ricorrente deduce l'illegittimità della determinazione n. 41/2023 nella parte in cui ha censurato la condotta della ricorrente che non ha raccolto l'invito della stazione appaltante "*ad assumere le determinazioni più opportune*" ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 *ter*, d.lgs. n. 50/2016 (in tema di modificazioni soggettive delle imprese raggruppate o consorziate), difettando il presupposto di base della fattispecie normativa invocata atteso che le pendenze interessano due consiglieri di amministrazione dello stesso consorzio stabile.

12.1. Il motivo è fuori fuoco, considerato che – a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni richiamate - la mancata riorganizzazione dell'assetto interno della ricorrente non ha assunto rilievo determinante ai fini della determinazione impugnata.

13. Con il sesto motivo viene dedotta l'illegittimità del provvedimento per violazione dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990.

13.1. La doglianza non ha pregio.

13.2. Il Collegio ritiene non pertinente il richiamo, presente nella censura, all'art. 21 *quinquies*, che non costituisce idoneo parametro di legittimità della fattispecie in quanto deve escludersi che l'esclusione dalla gara per

l'accertata carenza dei requisiti di partecipazione sia espressione di autotutela.

Il provvedimento avversato è stato infatti adottato successivamente all'aggiudicazione, nell'ambito delle operazioni di verifica dei requisiti autodichiarati dall'aggiudicatario in fase di gara, operazioni al cui esito positivo l'art. 32, comma 7, d.lgs n. 50/2016 subordina l'efficacia dell'aggiudicazione; esso pertanto, pur se denominato "revoca", rientra nella categoria degli atti di "mero ritiro", in quanto avente ad oggetto l'aggiudicazione non ancora efficace in mancanza dell'accertamento dei requisiti dichiarati, e, come tale, la sua adozione non è subordinata all'accertamento dei presupposti che la normativa vigente richiede per gli atti di autotutela.

14. È infine infondato il settimo motivo, con il quale si censura la violazione del giusto procedimento e del canone di effettività del contraddittorio.

Premesso che, per consolidata giurisprudenza, il dovere di esame delle memorie prodotte dall'interessato non comporta la necessità della confutazione analitica delle allegazioni presentate (risultando sufficiente che dalla motivazione si evinca che l'Amministrazione abbia nella sostanza tenuto conto, nel loro complesso, di quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà, e siano percepibili le ragioni del loro mancato recepimento) nel caso di specie, diversamente da quanto affermato dalla deducente, la stazione appaltante non ha fornito riscontro meramente apparente alle osservazioni del consorzio, ma si è ampiamente soffermata sulle stesse, indicando le ragioni del mancato accoglimento delle controdeduzioni presentate.

15. L'infondatezza del ricorso introduttivo determina la conseguente reiezione anche dei successivi motivi aggiunti, che hanno riproposto le medesime censure in via derivata.

16. In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati e devono essere rigettati.

16.1. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Teora, che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone ed enti coinvolti nel presente giudizio.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Anna Saporito	**Salvatore Mezzacapo**

IL SEGRETARIO

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