

Pubblicato il 18/03/2021
N. 02350/2021REG.PROV.COLL.
N. 06143/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6143 del 2020, proposto da OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Nilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Angelini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 1016/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'OMISSIS S.r.l. e dell'OMISSIS S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza del giorno 25 febbraio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Pellegrino, Testa, Nilo ed Angelini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ha accolto il ricorso proposto dall'OMISSIS s.r.l. contro l'OMISSIS s.p.a. e nei confronti della OMISSIS s.p.a. per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della gara, indetta con bando pubblicato il 23 maggio 2018, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata degli impianti di potabilizzazione e delle relative pertinenze, suddivisa in cinque lotti, del valore stimato di complessivi euro 1.051.200,00. La sentenza – dato atto che la controversia concerne il lotto 3 per il quale la ricorrente si era classificata seconda nella graduatoria definitiva, mentre la OMISSIS era risultata prima, e disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso avanzata dalla stazione appaltante- ha deciso come segue:

- ha ritenuto fondato il motivo incentrato sulla situazione di collegamento – non dichiarata nel DGUE dalla OMISSIS – fra quest’ultima e la OMISSIS Basilicata s.r.l., aggiudicataria del lotto 2, ritenendo applicabile l’art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, perché ha riscontrato una situazione di “unitarietà della gara”, nonostante la suddivisione in lotti;
- ha respinto la censura relativa all’originaria ed insufficiente produzione di un unico DGUE per i lotti 3 e 5 da parte di OMISSIS;
- ha ritenuto fondata la censura di violazione degli obblighi informativi da parte di OMISSIS per la mancata indicazione di una sentenza penale di condanna non definitiva emessa a carico del socio di maggioranza, ritenendo perciò operante la previsione dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, quanto alla necessità di una valutazione espressa della stazione appaltante in ordine alla predetta condanna ai fini del giudizio di affidabilità dell’aggiudicataria;
- ha invece respinto la medesima censura di violazione di altri obblighi informativi, concernenti la revoca di un’aggiudicazione da parte del Comune di Venosa, diversi provvedimenti di risoluzione pronunciati da altre amministrazioni ed un’esclusione dalla gara disposta dall’Azienda ospedaliera Santobono.

1.3. Il ricorso è stato perciò accolto nei limiti sopra specificati, con conseguente annullamento dei provvedimenti gravati fatte salve le ulteriori determinazioni della stazione appaltante.

Le spese processuali sono state compensate per giusti motivi.

2. Avverso la sentenza la società OMISSIS s.p.a. ha avanzato appello con due motivi.

2.1. L’OMISSIS s.p.a. e l’OMISSIS s.r.l. si sono costituiti in giudizio, rispettivamente aderendo e resistendo all’appello.

2.2. Con ordinanza cautelare del 25 settembre 2020, n. 5686, all’esito dell’udienza camerale del 24 settembre 2020, è stata accolta l’istanza di sospensione dell’esecutività della sentenza di primo grado.

2.3. All’udienza del 25 febbraio 2021 la causa è stata discussa da remoto e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria dell’OMISSIS e repliche delle altre parti.

3. Col primo motivo l’appellante denuncia l’erroneità della sentenza laddove ha ritenuto applicabile il motivo ostativo di cui all’art. 80, co.5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016.

3.1. Il Tribunale amministrativo regionale, pur dando atto del “*diffuso orientamento giurisprudenziale (fatto proprio, con riguardo alla presente controversia, dall’ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 2271/2020) secondo cui nel caso di gara distinta in lotti plurimi vanno ravvisate tante autonome e distinte procedure di gara per quanti sono i lotti, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni di legge richiamate*”, ha tuttavia ritenuto che siffatto indirizzo interpretativo “*non si attagli al caso in esame in ragione dei caratteri propri della legge di gara e dell’esistenza di plurimi elementi che lo stesso giudice di appello ha ritenuto, in fattispecie analoghe a quella in esame, probanti l’unitarietà dell’appalto (cfr. Consiglio di Stato 2865/2020; Consiglio di Stato 3192/2020; Consiglio di Stato n. 3135/2020)*”.

3.1.1. Sotto il primo profilo ha osservato che:

- la stazione appaltante, pur riconoscendo la possibilità di partecipare a tutti e cinque i lotti, ha, tuttavia, limitato il numero massimo di lotti (uno) aggiudicabili al medesimo offerente;
- il disciplinare di gara prevede altresì che le offerte per più lotti messi a gara debbano

essere presentate sempre nella medesima forma individuale o associata ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa.

3.1.2. Ha quindi indicato, quali elementi significativi dell'unitarietà della gara, nonostante la suddivisione in lotti: *“la presenza di una unica Commissione di gara e di un unico Rup; l'identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica; l'obbligo di predisporre l'offerta telematica unica anche se riferita a più lotti (cfr. sul punto il Disciplinare di gara); l'identità, per tutti gli impianti delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste (in termini, Consiglio di Stato sez. III, 18/05/2020, n.3135)”*.

3.1.3. Da quanto sopra ha tratto la conclusione che non si trattasse di *“una gara ad oggetto plurimo suddiviso in lotti di diverso contenuto caratterizzati da una propria autonomia – e quindi gestibili in modo diverso dalle imprese aggiudicatarie – bensì di una gara unitaria rivolta alla fornitura di un medesimo servizio in aree territoriali diverse, con conseguente articolazione in lotti (territoriali) chiaramente finalizzata a garantire l'omogeneità della prestazione del servizio di vigilanza – in termini di sicurezza – di tutti gli impianti”*. Ne ha fatto seguire l'operatività dell'art. 80, co. 5, lett. m) del d.lgs 50 del 2016.

3.2. L'appellante richiama il contrario orientamento giurisprudenziale che esclude l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del Codice dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1070 e n. 1071, richiamate dall'ordinanza della Sezione V, 24 aprile 2020, n. 2271) e rileva come nel caso di specie non vi sia luogo per l'applicazione della norma, atteso che questa è volta ad escludere il concordamento anti-competitivo di offerte che, siccome provenienti da un medesimo gruppo, non danno garanzia di reciproca segretezza e quindi di autentica competizione tra loro, con conseguente insussistenza di tali esigenze e *ratio* normativa se per i lotti diversi le graduatorie sono diverse.

3.2.1. Viene quindi censurata la sentenza nella parte in cui ha individuato elementi ritenuti idonei a configurare come unica la procedura di gara, osservando l'appellante che:

- la disamina dell'architettura di gara evidenzia come, pur essendo unico il bando, sono distinti i cinque lotti territoriali, con distinte procedure comparative afferenti a diversi ambiti territoriali e a diversi impianti presso cui svolgere il servizio di vigilanza, richiedendo la presentazione di distinte offerte e distinte garanzie fideiussorie, e prevedendo la possibilità di partecipare ad una sola procedura o a più di esse, come sarebbe invece escluso se la gara fosse unica;
- inoltre, il primo giudice sarebbe incorso in numerose inesattezze poiché: non sarebbe sussistente l'identità dei requisiti (dato che per ciascun lotto sono state richieste diverse licenze, concernenti i diversi ambiti territoriali degli affidamenti); non sarebbero identici i criteri di valutazione delle offerte tecniche tra i vari lotti (dato che il criterio di valutazione previsto è quello del minor prezzo e quindi mancavano del tutto le offerte tecniche); sarebbe destituita di fondamento l'affermazione che il bando avesse previsto un'offerta economica valida per tutti i lotti (dato che il disciplinare ha statuito che per ciascun lotto cui si partecipava, dovesse essere presentata una distinta e separata offerta, di modo che, pur essendo uguali gli importi a base di gara, i concorrenti avrebbero

potuto offrire diversi ribassi e formulare dunque diverse offerte economiche per ciascun lotto di partecipazione);

– era inoltre prevista la presentazione di tante distinte e autonome cauzioni provvisorie e distinti impegni a rilasciare la cauzione definitiva.

3.2.3. Ribadita l'individuazione della *ratio* della norma nella volontà di escludere che offerte in concorrenza possano provenire da un unico centro decisionale, l'appellante evidenzia come i precedenti giurisprudenziali citati in sentenza si riferiscano a diversa questione, concernente il numero massimo di lotti aggiudicabili e la possibilità per la stazione appaltante di imporre la partecipazione ai diversi lotti da parte di ciascun concorrente nella medesima forma giuridica. L'appellante richiama la giurisprudenza per la quale le clausole della *lex specialis* che limitano il numero massimo di lotti aggiudicabili da parte di uno stesso operatore non trovano applicazione nell'ipotesi di imprese meramente collegate (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1070 e n. 1071).

3.2.4. In punto di fatto, la OMISSIS rileva che, pur appartenendo al medesimo gruppo imprenditoriale, è soggetto diverso e autonomo da OMISSIS Basilicata, avendo una propria organizzazione aziendale di mezzi e persone ed, in tale situazione, il Consiglio di Stato ha già ritenuto che non vi siano i presupposti per applicare la norma di divieto riferita allo stesso soggetto (Cons. Stato, V, n. 1973/2017).

3.3. L'appellante conclude quindi nel senso dell'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto di accogliere il motivo avversario assumendo che nella specie dovesse accertarsi il collegamento tra imprese che in realtà sarebbe del tutto irrilevante in quanto le stesse hanno partecipato a procedure e graduatorie distinte.

4. Il motivo è fondato.

L'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede come causa di esclusione la situazione dell'operatore economico che “*si trovi rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale*”. Il riferimento all'unicità del “*centro decisionale*” rende evidente che la *ratio* della norma è quella, sostenuta dall'appellante, di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale.

Il riferimento, poi, alla “*medesima procedura di affidamento*” conferma che la finalità pro-concorrenziale è, per così dire, “interna” alla singola gara, cioè ad ogni gara che sia finalizzata all'aggiudicazione di un determinato affidamento e quindi di un determinato contratto di appalto.

4.1. Poiché la *ratio* normativa è quella di garantire la regolarità della competizione selettiva dell'affidatario di un determinato appalto, assicurando il confronto concorrenziale e scongiurando il pericolo di condizionamento dell'esito della gara, la situazione escludente presuppone l'identità della graduatoria di riferimento.

Si è già affermato in giurisprudenza e va ribadito che “[...] *l'affidamento di più contratti diversi fra loro non incide sulla natura della gara stessa che non ha carattere unitario, poiché a ciascun lotto corrisponde una gara finalizzata all'aggiudicazione di un distinto contratto. La possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è dunque incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di*

aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara” (così Cons. Stato, V, 12 gennaio 2017, n. 52, in riferimento all’art. 38, comma 1, lett. *m quater*, del d.lgs. n. 163 del 2006, di tenore identico all’attuale art. 80, comma 5, lett. *m*, del Codice dei contratti pubblici).

4.1.1. Applicando alla gara oggetto del presente contenzioso la soluzione ermeneutica di cui sopra, non è nemmeno necessario occuparsi degli elementi ritenuti dal primo giudice probanti della asserita unitarietà della gara. E’ sufficiente osservare che l’autonomia delle offerte e quindi delle graduatorie di ciascuno dei cinque lotti territoriali in cui la procedura è stata suddivisa comporta il carattere non unitario della gara ai fini dell’applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. *m*), del d.lgs. n. 50 del 2016.

A riscontro della correttezza di tale conclusione va sottolineato come, pur essendo previsto il c.d. vincolo di aggiudicazione (su cui si tornerà), il medesimo operatore economico, e non anche soltanto quello in rapporto di collegamento, avrebbe potuto presentare la propria offerta per più di un lotto ed anche per tutti i lotti, il che non sarebbe stato ovviamente possibile ove si fosse trattato di un’unica gara e non di tante gare contestuali per quanti sono i lotti da aggiudicare.

4.2. Va quindi ribadito che la rilevanza, a fini espulsivi, del collegamento societario è *“limitata alla sola ipotesi in cui le imprese collegate concorrano alla medesima procedura e dunque presentino offerte in competizione nel medesimo lotto”* (così Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1070 e n. 1071, la quale, in linea con la precedente giurisprudenza di cui alla citata sentenza n. 52/2017, precisa anche che *“La disposizione di cui all’art. 80, comma 5, lett. m) del nuovo codice degli appalti pubblici non trova, ... , applicazione nell’ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi; ciò in quanto un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l’indizione non di un’unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un’autonoma procedura che si conclude con un’aggiudicazione”*).

4.3. Le diverse pronunce giurisprudenziali che il giudice di primo grado ha posto a fondamento della decisione non sono in contrasto con la soluzione ermeneutica che ritiene irrilevante, a fini escludenti, la situazione di collegamento esistente tra imprese che abbiano presentato le offerte per diversi lotti nel caso di gara suddivisa in più lotti. Esse, piuttosto, riferendosi alla diversa fattispecie dell’art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, per un verso, non sono utilizzabili per trarne elementi di valutazione dell’unitarietà della gara ai fini dell’operatività della causa escludente dell’art. 80, comma 5, lett. *m*) e, per altro verso, finiscono per corroborare la conclusione raggiunta sull’inapplicabilità di quest’ultima disposizione nel caso di partecipazione delle imprese collegate ad una stessa procedura suddivisa in lotti con presentazione delle offerte per lotti distinti.

4.3.1. L’art. 51, comma 3, rimette alla facoltà delle stazioni appaltanti l’imposizione di un limite massimo di aggiudicazione dei lotti, così come l’imposizione di presentare le offerte per i diversi lotti messi a gara sempre nella medesima forma individuale o associata (ed in caso di r.t.i. o di consorzi sempre con la medesima composizione). La *ratio* della previsione è quella di favorire la massima partecipazione possibile da parte delle piccole e medie imprese, onde evitare la concentrazione degli affidamenti in

capo alle imprese del settore di maggior peso nel mercato. Infatti, se è vero che questa finalità è già assicurata dalla suddivisione in lotti (come esplicitato dall'*incipit* dello stesso art. 51, comma 1), la possibilità di raggiungere l'obiettivo pro-concorrenziale è favorita dal c.d. vincolo di aggiudicazione, che consente anche alle imprese di minor peso di superare la concorrenza di quelle dominanti nel settore che possono offrire condizioni più vantaggiose per tutti i lotti della stessa procedura di gara.

La giurisprudenza sottolinea la finalità pro-concorrenziale dello strumento che l'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, rimette alla scelta discrezionale della stazione appaltante (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 18 gennaio 2021, n. 518), evidenziando come spetti a quest'ultima individuare la formula di sintesi che valga per il bilanciamento complessivo degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento, alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (con la conseguenza che le determinazioni in concreto adottate si prestano ad essere sindacate in sede giurisdizionale solo sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità: cfr. Cons. Stato, III, 7 maggio 2020, n. 2881).

La finalità pro-concorrenziale è assicurata consentendo la distribuzione dei lotti tra il maggior numero possibile di concorrenti onde incentivare la concorrenza sul mercato e ridurre l'eventualità di situazioni di monopolio od oligopolio. Essa si realizza, non al momento della partecipazione alla gara (che può essere consentita a tutti i concorrenti anche per tutti i lotti: arg. ex art. 51, comma 3), ma quando le operazioni di gara si siano concluse con le proposte di aggiudicazione per i singoli lotti (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2021, n. 2184).

4.3.1. Evidenti sono le differenze rispetto alla fattispecie escludente dell'art. 80, comma 5, lett. m), sia quanto alla finalità che quanto ai presupposti applicativi.

La causa escludente è infatti prevista per legge ed, operando sin dalla fase iniziale delle operazioni di gara, attiene all'individuazione della platea dei concorrenti ammessi a parteciparvi, laddove la limitazione dei lotti aggiudicabili, rimessa ad una scelta discrezionale della stazione appaltante da prendersi al momento dell'indizione della gara, produce i suoi effetti ex post, all'esito della procedura.

La finalità pro-concorrenziale del divieto *ex lege* di situazioni di collegamento che possano comportare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale è riferita al singolo lotto, onde evitare, come detto, che siano falsate le condizioni dell'offerta per un determinato affidamento, laddove la finalità pro-concorrenziale del c.d. vincolo di aggiudicazione è riferita al mercato nel quale operano le imprese partecipanti alla gara, onde consentire la distribuzione degli affidamenti tra un maggior numero di imprese. E' esclusivamente a tale ultimo fine, da perseguire in caso di partecipazione dello stesso operatore giuridico (nella stessa formazione) a lotti diversi, che, nei precedenti citati nella sentenza appellata si è affermata l'unicità della gara, in ragione del reciproco condizionamento tra le aggiudicazioni dei diversi lotti, <<*trattandosi di regole volte a consentire alle imprese "new comers" di concorrere ad armi pari con gli operatori economici dominanti dello specifico segmento di mercato, con potenziali evidenti ricadute positive sulla qualità del servizio e sul suo costo posto a carico della comunità.*>> (così Cons. Stato, III, 19 maggio 2020, n. 3192; cfr. nello stesso senso, Cons. Stato, III, 6 maggio 2020 n. 2865 e id., III, 18 maggio 2020, n. 3135, riguardanti il medesimo contenzioso, tutte citate in sentenza).

4.3.2. Sebbene non si possa escludere *a priori* che, nell'esercizio della discrezionalità

dell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante, a determinate condizioni, estenda il c.d. vincolo di aggiudicazione alle imprese appartenenti allo stesso gruppo, ove ciò non sia previsto dalla legge di gara non è mai possibile inferire dall'introduzione del limite di aggiudicazione dei lotti per ciascun offerente un divieto di partecipazione a lotti diversi da parte di imprese in situazioni di collegamento (cfr., in tal senso, le già citate Cons. Stato, V, n. 52 del 2017 e id., nn. 1070 e 1071 del 2020). All'opposto, la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti in capo alla medesima impresa, sia pure limitando il numero dei lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, costituisce la riprova della non unitarietà della gara ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. m).

4.4. In conclusione, il primo motivo di appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va respinta la censura dell'IVSD ricorrente basata sull'operatività nei confronti di OMISSIS, aggiudicataria del lotto 3 (qui in contestazione) della causa di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. m) per la dedotta situazione di collegamento con OMISSIS Basilicata, aggiudicataria di altro lotto, avendo le due società presentato le proprie offerte per lotti diversi.

5. Col secondo motivo – il cui esame è necessario in ragione dell'accoglimento del primo – l'appellante denuncia l'erroneità della sentenza laddove, individuando un'ulteriore potenziale causa di esclusione, ha imputato a OMISSIS l'inadempimento dichiarativo concernente la sentenza penale di condanna, non passata in giudicato, del socio di maggioranza.

5.1. Il Tribunale amministrativo regionale ha reputato che la situazione fosse riconducibile alla fattispecie del grave illecito professionale che, pur non configurando un'automatica causa di esclusione, rientra tra le dichiarazioni dovute ex art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, senza che il concorrente possa apprezzare autonomamente la rilevanza dei fatti, invece rimessa integralmente ed esclusivamente alla stazione appaltante ai fini della valutazione di affidabilità dell'aggiudicataria.

5.1.1. Sotto altro aspetto, ha ritenuto di non accogliere la tesi delle parti resistenti circa l'insussistenza dell'obbligo dichiarativo, osservando che *“non risulta dall'esame della documentazione in atti che la società fosse effettivamente composta da meno di quattro soci”*.

5.2. L'appellante censura entrambe le ragioni della decisione.

5.2.1. In primo luogo, torna a sostenere che la circostanza non dichiarata non sarebbe oggetto di obbligo dichiarativo dal punto di vista soggettivo e oggettivo.

Quanto al primo profilo, richiama l'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione applicabile *ratione temporis*) che limita il novero dei soggetti tenuti a rendere la dichiarazione alle sole posizioni *“del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”* (altrettanto era previsto nel disciplinare di gara). Osserva quindi che la compagine societaria della OMISSIS alla data di partecipazione alla gara si componeva di quattro soci e quindi non meno di quattro (come da atto notarile, depositato proprio da IVSD, di cessione di quote societarie e come da chiarimenti resi da OMISSIS alla stazione appaltante sulla composizione della compagine societaria) e che la giurisprudenza ha escluso che, in tale situazione, il socio sia obbligato a rendere alcuna dichiarazione, neppure ai fini dello stesso art. 80, comma 5, lett. c (cfr. Cons. Stato, V, n. 2279/19, n. 7922/19 e n. 2333/20).

In sintesi, ad avviso dell'appellante, si sarebbe trattato di omissione avente ad oggetto

una dichiarazione non dovuta e quindi irrilevante ai fini della partecipazione alla gara, rispetto alla quale dovrebbe trovare applicazione la giurisprudenza, che afferma che anche nel caso di mendacio – quale certamente non è quello in esame, consistente nella sola omissione dichiarativa – il concorrente non possa essere escluso quando si tratti di dichiarazioni concernenti circostanze estranee a quelle qualificabili come possibili cause di esclusione (cfr. Cons. Stato, III, n. 5040/18 e id., V, n. 2279/19).

Quanto al profilo oggettivo, poi, l'appellante evidenzia che l'omissione dichiarativa ha riguardato una condanna non definitiva, laddove invece la stessa disciplina di gara richiedeva che il concorrente dichiarasse esclusivamente se i soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici erano stati condannati con sentenza definitiva; inoltre la fattispecie oggetto di condanna penale non rientra fra quelle dell'art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e nemmeno tra quelle che l'ANAC ha individuato nelle Linee guida n. 6.

5.2.2. La sentenza è censurata anche nella parte in cui ha ritenuto che la stazione appaltante non avesse effettuato le proprie valutazioni sulla vicenda occorsa al socio di maggioranza di OMISSIS ai fini del giudizio di affidabilità di quest'ultima, quando risulta il contrario.

L'appellante evidenzia come la stazione appaltante abbia valutato la sentenza penale non definitiva e ne abbia escluso qualsivoglia rilevanza ai fini del giudizio di affidabilità e come la giurisprudenza abbia riconosciuto, per un verso, che l'omissione dichiarativa rientri tra le carenze soccorribili ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, n. 7922/19 cit.) e, per altro verso, che ciò che è decisivo, anche in caso di omissione dichiarativa, è soltanto che, infine, la stazione appaltante abbia avuto conoscenza della pregressa vicenda professionale e sia stata posta in grado di farne oggetto di apprezzamento ai fini del giudizio di affidabilità ed integrità dell'operatore economico (Cons. Stato, V, 4 dicembre 2019, n. 8294; id. 28 ottobre 2019, n. 7387; id., 12 aprile 2019, 2407, nonché id., V, 30 dicembre 2019, n. 8906).

Svolte ulteriori considerazioni in punto di fatto circa la modifica del proprio modello organizzativo da parte di OMISSIS e circa la delega della gestione del personale sin dal 2015 ad una società di consulenza esterna specializzata, l'appellante conclude nel senso dell'infondatezza e, prima ancora, dell'inammissibilità della censura accolta, invece, dal primo giudice.

Quanto, infine, al postulato di quest'ultimo sul vizio dell'operato della stazione appaltante perché non vi sarebbe stata una valutazione espressa in ordine al ridetto precedente ai fini del giudizio di affidabilità, l'appellante richiama la giurisprudenza che ritiene sufficiente una motivazione anche implicita o per *facta concludentia* (tra le altre, Cons. Stato, VI, n. 3198/16).

6. Il motivo è fondato sotto entrambi i profili.

6.1. Quanto al primo, va ritenuta l'insussistenza di un obbligo dichiarativo della società OMISSIS dal punto di vista soggettivo e oggettivo.

6.1.1. L'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo applicabile *ratione temporis*, tenuto conto che il bando di gara è stato pubblicato il 23 maggio 2018 (quindi nel testo vigente prima delle modifiche apportate col d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) prevede l'obbligo dichiarativo per precedenti penali, tra gli altri, nei confronti “[...] del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”.

L'obbligo dichiarativo in contestazione nel presente giudizio è riferito a soggetto che, all'epoca, risultava essere socio di maggioranza di società con numero di soci pari a quattro. Invero, dall'atto notarile di cessione di quote in data 9 ottobre 2018, rep. 21701, racc. 9206 (nonché dal successivo atto di trasferimento oneroso di nuda proprietà di azioni in data 15 ottobre 2018, rep. n. 21707, racc. 9210: cfr. doc. 11 e 12 prodotti in allegato al ricorso in primo grado) si desume la partecipazione societaria oltre che dei due soci interessati dalla cessione (il signor C.M., socio di maggioranza, cedente, e la propria madre E.A., prima cessionaria ma già socia di minoranza; cui si viene ad aggiungere tale F.P., secondo cessionario), anche di altri due soci di minoranza (M.B. e C.L.). In tale senso sono anche i chiarimenti resi da OMISSIS alla stazione appaltante in risposta alla nota di OMISSIS in data 6 agosto 2019 (cfr. doc. 1 e 2, prodotti da OMISSIS in primo grado, il 17 febbraio 2020). La parte appellata IVSD, che assume che al 6 giugno 2018 (data di redazione del DGUE), e fino al 9 ottobre 2018, i soci sarebbero stati meno di quattro, non ha dato riscontro alla deduzione e questa risulta resistita dalla richiamata documentazione.

Ne consegue che la situazione oggetto del presente contenzioso non rientra nella fattispecie contemplata dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, non essendo il socio di maggioranza compreso nell'ambito soggettivo individuato dal terzo comma dell'art. 80, e quindi la società concorrente non era obbligata a rendere la dichiarazione, neppure ai fini di cui al comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, <<*dovendosi ritenere che la presenza di eventuali "gravi illeciti professionali" possa assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del medesimo decreto*>> (così testualmente Cons. Stato, V, 8 aprile 2019, n. 2279, richiamata da Cons. Stato, V, 2 ottobre 2020, n. 5782, nonché, nello stesso senso, id., V, 20 novembre 2019, n. 7922).

6.1.2. Dal punto di vista oggettivo, poi, la sentenza penale non definitiva non rientra tra le fattispecie di esclusione contemplate dall'art. 80, comma 1, cui è riferito il comma 3, essendo previsti quali causa di esclusione automatica i precedenti penali per i reati ivi elencati, accertati "con sentenza definitiva o decreto penale divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale".

Inoltre il disciplinare di gara imponeva di dichiarare soltanto se i soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici erano stati condannati con sentenza definitiva, così ingenerando un ragionevole affidamento sull'insussistenza dell'obbligo dichiarativo in capo ai concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2875 e, già con riferimento al d.lgs. n. 163 del 2006, id., V, 11 giugno 2018, n. 3599).

6.2. Peraltro, anche ove si volessero superare i limiti, soggettivo e oggettivo, sopra detti, ritenendo astrattamente configurabile, secondo un orientamento più rigoroso (di cui sono espressione, tra le altre, Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787), un obbligo dichiarativo della società concorrente finalizzato a portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, si ricadrebbe nella fattispecie dell'omissione di "informazioni dovute", ai sensi del detto art. 80, comma 5, lett. c, oggi c – bis, del d.lgs. n. 50 del 2016. Tuttavia, mancano in concreto i presupposti applicativi della disposizione, così come da ultimo interpretata

dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16.

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

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

6.3. A definitiva chiusura del ragionamento fin qui esposto va accolto il secondo profilo di censura del motivo di appello in oggetto, concernente l'avvenuta valutazione della stazione appaltante sulla vicenda penale riguardante il socio di maggioranza di OMISSIS, ai fini del giudizio di affidabilità della società.

Risulta dagli atti che, dopo la redazione della graduatoria provvisoria del lotto 3 in data 3 agosto 2018 e dopo il sub procedimento di verifica di congruità, il cui esito è stato reso noto con verbale del 31 luglio 2019 e contestuale proposta di aggiudicazione, OMISSIS ha chiesto alla società OMISSIS, collocatasi prima in graduatoria, chiarimenti sulla condanna penale del socio di maggioranza, con la nota dettagliata del 6 agosto 2019 (doc. 1 depositato nel fascicolo di primo grado di OMISSIS il 17 febbraio 2020), a valere come preavviso di provvedimento di esclusione per carenza dei requisiti di moralità. A sua volta, OMISSIS ha fornito le richieste informazioni (doc. 2 della stessa produzione documentale). La stazione appaltante ha quindi disposto in suo favore l'aggiudicazione con provvedimento prot. n. 101057 del 19 dicembre 2019.

6.3.1. Ribadito che il giudizio di affidabilità del concorrente è riservato alla stazione appaltante anche nella fattispecie di cui alle lettere c) e c-bis) dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16/20 e id., V, 25 settembre 2020, n. 5627) e che non rileva, ai fini della relativa verifica che le informazioni dovute siano state omesse in sede di gara (cfr. Cons. Stato, V, 4 dicembre 2019, n. 8294 ed altre), tanto è vero che si tratta di omissione suscettibile di soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, V, n. 7922/19), le circostanze di fatto sopra esposte comportano la riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui, ritenuta l'omissione dichiarativa, ha imposto alla stazione appaltante un nuovo giudizio di affidabilità.

6.3.2. Va, in particolare, confutata la motivazione posta a fondamento di tale decisione,

secondo cui “*non è dato riscontrare alcuna valutazione espressa in ordine alla predetta condanna ai fini del giudizio di affidabilità della aggiudicataria [...], laddove la difesa della Stazione appaltante si è limitata a sostenere l’insussistenza di un obbligo di esclusione automatica ai sensi dell’art. 80 comma 3 d.lgs. 50/2016*”.

In disparte la necessità di distinguere tra la difesa in giudizio della stazione appaltante e le determinazioni assunte nel procedimento di gara, è sufficiente ribadire la rilevanza del fatto che l’amministrazione ha considerato espressamente la vicenda occorsa al socio di maggioranza di OMISSIS, oggetto dell’omessa dichiarazione, e l’ha reputata inidonea ad inficiare sul piano sostanziale l’affidabilità dell’operatore economico, tanto da addivenire, dopo aver instaurato un apposito contraddittorio endoprocedimentale con la società destinataria della proposta di aggiudicazione, all’adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Non è invece rilevante che sia mancata l’esplicitazione delle ragioni del giudizio positivo da parte dell’amministrazione, potendo risultare il convincimento della stazione appaltante anche soltanto dal provvedimento favorevole all’impresa, purché si accerti che abbia acquisito tutti i dati utili ai fini della verifica del possesso dei requisiti di moralità professionale (cfr. Cons. Stato, V, 27 marzo 2018, n. 1915).

La valutazione di affidabilità dell’aggiudicataria della gara *de qua* è da ritenersi perciò compiuta dalla stazione appaltante con esito positivo ed insindacabile nella presente sede giurisdizionale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1230 e id., 10 febbraio 2021, n. 1248, citate dall’appellante).

6.3.3. Indicazioni in senso contrario non possono essere tratte dalla sentenza di questa Sezione V, 27 novembre 2020, n. 7471. Quest’ultima, pur riguardando l’omissione dichiarativa della stessa sentenza penale di condanna non definitiva del socio di OMISSIS, in riferimento ad una diversa procedura di gara, non ne ha affermato la valenza espulsiva automatica, ma ha ritenuto che la stazione appaltante correttamente avesse, in quella procedura, escluso la società concorrente in conseguenza della propria discrezionale valutazione di inaffidabilità.

Poiché, come detto sopra (cfr. punto 6.2.1), si tratta di valutazione ampiamente discrezionale che attiene al merito dell’informazione omessa o dell’illecito professionale imputati all’operatore economico e che ciascuna stazione appaltante svolge in concreto, tenuto conto anche dell’oggetto dell’affidamento (che, nel caso esaminato dal citato precedente, era disposto da una Procura della Repubblica per il servizio di vigilanza armata del locale palazzo di giustizia), essa non può valere nel presente contenzioso, al fine di imporre ad OMISSIS la rinnovazione di una valutazione che, dopo completa istruttoria su tutte le circostanze rilevanti, si è già conclusa nel senso dell’affidabilità dell’aggiudicataria.

7. In conclusione, l’appello va accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, va respinto il ricorso di Istituto di Vigilanza ISVD.

7.1. Sussistono eccezionali ragioni di compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi per le incertezze interpretative sulle questioni poste dal ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in

riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado dall'OMISSIS s.r.l.

Compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO
