

Pubblicato il 18/03/2021

N. 02355/2021 REG. PROV. COLL.
N. 03216/2020 REG. RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3216 del 2020, proposto da S.I.A.C. - Società Irpina Asfalti e Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo R.t.i. con Irpinia Strade S.r.l. e Guidi Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Autostrade per L'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

Vitali S.p.A. e Consorzio Costruzioni Infrastrutture Scarl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Marascio e Stefano Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;

S.O.A. Società Attico S.p.A. "Attestazione Imprese di Costruzione" in liquidazione, non costituita in giudizio;

per la riforma:

- della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 30 marzo 2020, n. 576, resa tra le parti;
- del decreto collegiale del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 28 marzo 2020, n. 568;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per L'Italia S.p.A., Vitali S.p.A. e Consorzio Costruzioni Infrastrutture Scarl;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e uditi per le parti, con le medesime modalità, gli avvocati Lentini, Ferrari e Genovese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La *S.I.A.C.* (Società Irpina Asfalti e Costruzioni) s.r.l. ha partecipato, in raggruppamento temporaneo con le società *Irpinia Strade s.r.l.* e *Guidi Costruzioni s.r.l.*, alla procedura aperta indetta da *Autostrade per l'Italia S.p.A.* con bando pubblicato il 27 agosto 2018, per l'affidamento dell'appalto dei lavori di risanamento della pavimentazione stradale lungo l'Autostrada A1 Milano-Napoli, tratto Milano-Parma. All'esito delle operazioni di gara, il raggruppamento temporaneo con mandataria la *S.I.A.C.* s.r.l. è risultato aggiudicatario.
2. - Il *Consorzio Costruzioni Infrastrutture S.c.a.r.l.*, impresa mandataria del raggruppamento temporaneo con *Vitali S.p.A.*, collocatosi al secondo posto

della graduatoria, impugnava l'aggiudicazione con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, deducendo i seguenti motivi:

I) carenza dei requisiti di partecipazione in capo alla *Irpinia Strade S.r.l.*, mandante, per la violazione dell'art. 87, comma 3, del D.P.R. n. 207 del 2010 (recante «*Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*»), secondo cui «*i soggetti designati nell'incarico di direttore tecnico non possono rivestire analogo incarico per conto di altre imprese qualificate [...]*»; la società *Irpinia Strade* avrebbe indicato un direttore tecnico che rivestiva la medesima carica anche presso la S.I.A.C., carica cessata solo in data 11 gennaio 2019, successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissato al 3 ottobre 2018; la *Irpinia Strade*, inoltre, per la stessa ragione, non avrebbe potuto validamente ottenere la SOA che le ha consentito la partecipazione alla gara, posto che l'unico direttore tecnico della società, indicato nella SOA, non poteva ricoprire tale ruolo;

II) il predetto direttore tecnico avrebbe rilasciato, inoltre, falsa dichiarazione di unicità dell'incarico; il che comporterebbe, necessariamente, l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 2016), ossia la segnalazione all'ANAC, l'iscrizione nel casellario informatico e l'esclusione dalle procedure di gara per due anni;

III) la stessa *Irpinia Strade* avrebbe ottenuto l'attestazione SOA utilizzata per la qualificazione in gara (SOA del 9 giugno 2017) a seguito di presunto "favoreggiamento" della società organismo di attestazione (il che risulterebbe da indagini penali e dalla revoca dell'autorizzazione disposta dall'ANAC nei confronti della società di attestazione);

IV) violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, per la mancata dichiarazione, da parte del R.T.I. aggiudicatario, in sede di presentazione della domanda di partecipazione, della pendenza di indagini penali a carico di rappresentanti legali di S.I.A.C. e di *Irpinia Strade*, compresi quelli cessati dalla carica;

V) violazione del disciplinare di gara, il quale, al punto 4.2., prevedeva l'obbligatorietà del sopralluogo (*«La mancata effettuazione del sopralluogo sarà causa di esclusione dalla procedura di gara»*), tenuto conto che non tutte le società del raggruppamento aggiudicatario hanno eseguito il sopralluogo.

3. - Il Tribunale amministrativo per la Lombardia, in ordine al ricorso del Consorzio Costruzioni Infrastrutture S.c.a.r.l. (rubricato al n. di R.G. 1350/2019), ha pubblicato una prima sentenza (datata 22 gennaio 2020, n. 124) con la quale ha respinto il ricorso.

3.1. - Con successivo decreto collegiale del 28 marzo 2020, n. 568, pronunciato a seguito di istanza di correzione di errore materiale proposta dal ricorrente Consorzio Costruzioni, la predetta sentenza n. 124/2020, è stata dichiarata nulla in quanto, sebbene *«pronunciata nel procedimento promosso con il ricorso n. 1350/2019, come risulta dall'intestazione, dall'indicazione delle parti e dei provvedimenti impugnati»*, tuttavia *«la motivazione e la decisione adottata sono [...] chiaramente riferiti ad altra procedura di gara d'appalto, oggetto di diversa controversia promossa con il ricorso n. 2316/2018 trattenuto in decisione all'udienza del 6 febbraio 2019»*; *«ne deriva che in realtà nessuna decisione risulta emessa per regolare la controversia oggetto del ricorso n. 1350/2019 e ciò comporta, come detto, la nullità della decisione in questione equiparabile all'inesistenza (cfr. Cass. civ., sez. I, 29 dicembre 2011 n. 30067)»*.

3.2. - Con il decreto collegiale si disponeva il rinvio a una successiva redazione della nuova motivazione, depositata con sentenza 30 marzo 2020, n. 576. Sentenza con la quale, previo rigetto della eccezione di inammissibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione, per effetto della omessa impugnazione dell'atto di ammissione alla procedura del R.T.I. aggiudicatario, è stato accolto il ricorso e annullata l'aggiudicazione, rilevando la fondatezza del vizio di violazione degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, relativamente ai gravi illeciti professionali risultanti da indagini penali in corso nei confronti di legali rappresentanti e direttore tecnico della mandante *Irpinia Strade*; nonché, la fondatezza del vizio

relativo alla violazione del disciplinare di gara, per l'omessa effettuazione del sopralluogo da parte di tutte le imprese componenti del costituendo RTI aggiudicatario.

4. – La *SLAC* ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza del 30 marzo 2020, n. 576, nonché la nullità del decreto collegiale 28 marzo 2020, n. 568, per i motivi che saranno esaminati in prosieguo.

5. – Si è costituita in giudizio *Autostrade per l'Italia S.p.a.*, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. – Si sono costituite in giudizio anche la società *Vitali S.p.a.* e il *Consorzio Costruzioni Infrastrutture S.c.a.r.l.*, le quali, preliminarmente, riferiscono che *Autostrade per l'Italia* (anche *ASPI*) dopo la sentenza di primo grado, ha aggiudicato l'appalto al loro raggruppamento, e deducono conseguentemente l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse, dato che la nuova aggiudicazione non è stata impugnata dalla *SLAC*. Nel merito hanno concluso per il rigetto dell'appello.

Le medesime società hanno riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del Codice del processo amministrativo, i motivi del ricorso introduttivo non esaminati dal primo giudice; e hanno presentato appello incidentale basato sui medesimi motivi riproposti.

7. – All'udienza del 28 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. – Preliminarmente, va esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata da parte appellata.

L'eccezione è infondata, considerato che l'aggiudicazione disposta da *ASPI* in favore del raggruppamento capeggiato dal *Consorzio Costruzioni*, con atto del 10 aprile 2020 (prot. n. 1757), subordinata alla verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 32, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, non risulta notificata alla *SLAC*; mentre il provvedimento di aggiudicazione adottato dopo la verifica dei requisiti (atto del 3 dicembre 2020, n. 6615), è stato impugnato da *SLAC* innanzi al T.a.r. per la Lombardia (con ricorso notificato il 26 gennaio 2021: cfr. produzioni documentali di *SLAC* in data 27 gennaio 2021).

9. - Passando ai motivi dell'appello principale, con il primo e il secondo motivo, la *SLAC* deduce la nullità della sentenza del T.a.r. per la Lombardia, 30 marzo 2020, n. 576, per la violazione dell'art. 86 del Codice del processo amministrativo, in relazione anche all'art. 100 del medesimo Codice (concernente la tipicità dei mezzi di impugnazione), in quanto pronunciata per difetto di *potestas judicandi*, dato che il giudice si era già pronunciato sul ricorso R.G. n. 1350/2019 con la sentenza 22 gennaio 2020, n. 124; e per la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in quanto il giudice – col decreto collegiale 28 marzo 2020, n. 568 - ha pronunciato d'ufficio la nullità della sentenza n. 124/2020, mentre la parte aveva chiesto solo la correzione dell'errore materiale. Sarebbe errato anche il presupposto dal quale avrebbe preso le mosse il primo giudice, ossia che la sentenza n. 124/2020 fosse affetta da inesistenza giuridica, rilevabile d'ufficio, e non da nullità sanabile. Si sostiene, pertanto, che la nullità della sentenza 22 gennaio 2020, n. 124, avrebbe dovuto essere fatta valere dalla parte come motivo di impugnazione (ai sensi dell'art. 161, primo comma, cod. proc. civ.).

Sottolinea l'erroneità dell'operato del primo giudice anche per la violazione del diritto di difesa, posto che il procedimento di correzione di errore materiale si svolge in Camera di Consiglio, mentre la declaratoria di nullità della sentenza presuppone l'ordinario giudizio di accertamento, in pubblica udienza, nel rispetto del principio della domanda e del contraddittorio.

9.1. - Le censure esposte sono infondate.

9.2. - Secondo la consolidata giurisprudenza della Cassazione, la sentenza che riporti motivazione e dispositivo riferibili a una controversia diversa da quella trattenuta a decisione è giuridicamente inesistente, perché l'atto non avrebbe gli elementi minimi essenziali per costituire l'esercizio compiuto della giurisdizione (cfr., per tutte, Cass. civ., Sez. VI, 17 marzo 2014, n. 6162; Sez. I, 19 giugno 2019, n. 16497). L'inesistenza giuridica della sentenza è rilevabile d'ufficio dal giudice, eventualmente anche nel giudizio di impugnazione, con

conseguente rinnovazione del giudizio; oppure dalle parti, con azione di accertamento imprescrittibile.

9.3. - Nel caso di specie, il primo giudice ha ben applicato detti principi, avendo rilevato d'ufficio l'inesistenza, nel corso del procedimento di correzione di errore materiale, all'esito del quale è scaturito il decreto collegiale che ha dichiarato la nullità della sentenza n. 124/2020.

10. - Con il terzo motivo, l'appellante sostiene che la sentenza impugnata è erronea nella parte in cui ha ritenuto ammissibile il ricorso introduttivo avverso l'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo con mandataria la *SLAC* (odierna appellante), e ricevibile l'impugnazione dell'atto di ammissione in gara del medesimo raggruppamento. La ricorrente in primo grado, infatti, ha contestato il possesso di taluni requisiti generali e speciali in capo al raggruppamento aggiudicatario, per cui – nella vigenza dell'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm., applicabile *ratione temporis* - avrebbe dovuto impugnare l'atto di ammissione entro trenta giorni dalla pubblicazione sul sito della stazione appaltante (avvenuta il 13 febbraio 2019). Il ricorso, quindi, secondo l'appellante, avrebbe dovuto essere notificato entro il 15 marzo 2019. Né avrebbe effetto l'abrogazione dell'art. 120, comma 2-*bis* (da parte dell'articolo 1, comma 22, lettera *a*), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), intervenuta solo dal 18 aprile 2019, quando l'atto di ammissione era ormai divenuto inoppugnabile.

10.1. - L'eccezione è infondata.

10.2. - Pur nella consapevolezza che, in ordine agli effetti della successione nel tempo tra norma abrogata (l'art. 120, comma 2-*bis*, del C.p.a.) e norma abrogante (l'art. 1, comma 23, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, cit.), si registrano opposte soluzioni interpretative, il Collegio ritiene di dare continuità all'indirizzo assunto da questa Sezione con l'ordinanza 16 gennaio 2020, n. 148 e con le sentenze 5 agosto 2020, n. 4927, 2 ottobre 2020, n. 5782, 23 novembre 2020, n. 7257, 3 dicembre 2020, n. 7669; e dalla Terza

Sezione con la sentenza 5 giugno 2020, n. 3585 (contra: Sez. III, 29 luglio 2020, n. 4824; Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

10.3. - Secondo questo orientamento, nella ricostruzione della disciplina transitoria risultante dalle norme sopra richiamate, è dirimente la considerazione che sia stato assunto come riferimento temporale per l'applicazione della norma abrogante l'inizio del processo (da intendersi coincidente con il deposito del ricorso introduttivo), a dimostrazione della volontà legislativa di rendere immediatamente operante l'abrogazione anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso al tempo dell'entrata in vigore della nuova norma. Rispetto a queste ultime, la norma dell'art. 120, comma 2-bis, del C.p.a. non ha determinato, alla scadenza del termine previsto per l'impugnazione degli atti endoprocedimentali, alcun effetto di tipo sostanziale. Come rilevato in una delle decisioni sopra richiamate, l'art. 120, comma 2-bis, *«ha anticipato l'onere dell'impugnazione dell'ammissione, in deroga al principio di necessaria lesività, imponendo, pena l'inammissibilità delle censure postume, l'immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano (e possono dopo l'abrogazione della disposizione) essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. E' a questa valutazione processuale di inammissibilità che la norma transitoria si riferisce: nei processi iniziati dopo il 18.6.2019 essa non è più consentita, dovendo il giudice valutare le censure anche se (recte: solo se) proposte avverso l'aggiudicazione»* (così Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3585).

In altri termini, la norma dell'art. 120, comma 2-bis, cit., ha avuto esclusivamente una funzione di anticipazione della tutela giurisdizionale nelle controversie in materia di affidamenti di contratti pubblici, imponendo l'impugnazione immediata delle esclusioni e delle ammissioni, indipendentemente dalla conclusione del procedimento di gara.

Per giustificare il rito sul piano costituzionale (v. Corte Costituzionale n. 271 del 2019) si è ravvisata una base sostanziale identificata ora nell'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti prima dell'esame delle offerte (su cui Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), ora all'interesse a ridurre la

platea dei partecipanti alla gara, che produrrebbe il desiderabile aumento delle *chances* di aggiudicazione. Peraltro, il primo è facilmente riducibile a un interesse alla legittimità della procedura, esponendosi con ciò all'obiezione, risalente a un'autorevole dottrina, secondo cui se le situazioni giuridiche soggettive si definiscono in ordine a beni della vita, non s'intende come la legittimità, cioè una qualificazione astratta, possa essere vista come un bene della vita. Il secondo, invece, finisce con l'essere il frutto di una generalizzazione che non tiene conto delle ipotesi in cui l'operatore economico è portatore di un interesse diverso: si pensi ai casi in cui l'impresa partecipante scopre nel corso del procedimento (superata la fase delle esclusioni e delle ammissioni all'esito della valutazione dei requisiti) di avere interesse a mantenere immutata la compagine dei concorrenti (ad esempio, perché detta composizione influisce sul calcolo della soglia di anomalia in termini a sé favorevoli); e che, quindi, irragionevolmente, sulla scorta dell'art. 120, comma 2-*bis*, era onerata da una immediata impugnazione.

10.4. - Si conferma, quindi, che l'art. 120, comma 2-*bis*, ha svolto esclusivamente una funzione di anticipazione del processo, sottraendo all'interessato la valutazione della lesività (rispetto all'interesse protetto all'aggiudicazione) degli atti di esclusione o di ammissione. Ciò è dimostrato dalla constatazione che, sul piano del pregiudizio arrecato da tali atti endoprocedimentali, l'interesse a ricorrere di chi non sia diretto destinatario dell'atto di ammissione o di esclusione dalla procedura sorge solo successivamente, ossia quando la lesione si dimostri effettiva, quale conseguenza della connessione con i successivi atti del procedimento (e, in particolare, con il provvedimento di aggiudicazione). L'eliminazione del rito approntato con l'art. 120, comma 2-*bis*, comporta, allora, che l'inoppugnabilità maturata sotto la sua vigenza non estingue l'interesse a ricorrere di chi, secondo il meccanismo processuale abrogato, era tenuto a impugnare l'ammissione o l'esclusione altrui (interesse nemmeno ipotizzabile nei confronti di un atto di cui non era diretto destinatario).

10.5. - Ne deriva come conseguenza che se l'interesse a impugnare l'ammissione altrui sorge dopo l'abrogazione della norma processuale (come nel caso di specie), esso integra quella situazione giuridica che legittima – secondo i principi generali in tema di condizioni dell'azione, che riprendono integralmente vigore – l'esercizio dell'azione di annullamento sia dell'ammissione (altrui) che dell'aggiudicazione (a terzi).

10.6. - Applicando i predetti principi al caso di specie, tenuto conto che la norma transitoria (dettata dall'art. 1, comma 23, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, introdotto dalla legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55) prevede che la nuova disciplina processuale si applichi ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 32/19, ossia dopo il 18 giugno 2019, il ricorso introduttivo (depositato in data 25 giugno 2019) è da ritenere tempestivo e ammissibile.

11. - Con il quarto e il quinto motivo, l'appellante assume l'erroneità e l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondata la censura dell'omessa dichiarazione dei procedimenti penali pendenti a carico di soggetti legali rappresentanti della *SLAC* e di *Irpinia Strade*, In particolare, secondo l'appellante, nè l'art. 80, comma 5, lettere *c)* e *f-bis)*, del Codice dei contratti pubblici, né la *lex specialis* di gara, imponevano ai concorrenti l'obbligo specifico di dichiarare i provvedimenti di rinvio a giudizio o la condizione di indagati in un procedimento penale quali fatti rilevanti ai fini dell'affidabilità professionale.

L'assenza di una chiara prescrizione sui limiti degli obblighi dichiarativi non potrebbe essere colmata, come invece afferma il Tribunale amministrativo, invocando la diligenza professionale dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 1176, comma secondo, del Codice civile.

In ogni caso, l'omessa dichiarazione non potrebbe comportare l'esclusione automatica dalla gara, sia perché non rientrerebbe nell'art. 80, comma 5, lett. *f-bis)*, cit. (trattandosi non di una dichiarazione mendace ma di una dichiarazione omessa); sia perché le circostanze omesse implicherebbero

esclusivamente la valutazione dell'affidabilità da parte della stazione appaltante. La sentenza sarebbe criticabile, quindi, anche perché, sul punto, il primo giudice si sarebbe sostituito arbitrariamente alla valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante.

11.1. - I motivi sono fondati nei limiti di cui appresso.

11.2. - Precisato che la rilevanza dell'omissione dichiarativa ascrivibile al concorrente deve essere vagliata alla luce dell'art. 80, comma 5, lett. *c*), del Codice dei contratti pubblici (nel testo vigente prima delle modifiche introdotte dall'art. 5, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, posto che il bando di gara è stato pubblicato il 27 agosto 2018, prima dell'entrata in vigore delle predette modifiche), va richiamato il costante indirizzo della giurisprudenza (riassunto di recente nell'ordinanza di questa Sezione Quinta, 9 aprile 2020, n. 2332, ed ivi ulteriori riferimenti; anche Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192) secondo cui la norma in questione, quanto agli obblighi dichiarativi posti a carico del partecipante alla procedura di gara, ha un carattere aperto, in grado di comprendere tutti quei fatti riguardanti l'operatore economico, di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, qualificabili come gravi illeciti professionali e quindi possibili oggetti della valutazione di incidenza sulla sua affidabilità professionale. Non è superfluo osservare, inoltre, che le modifiche legislative da ultimo richiamate (che hanno portato alla enucleazione, dalla originaria formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c*), delle autonome fattispecie attualmente descritte dalle lettere *c-bis*), *c-ter*) e *c-quater*), dell'art. 80, comma 5) confermano che la norma di cui alla lett. *c*) finisce con l'assumere la funzione di "norma di chiusura" o residuale, in cui rientrano, per l'appunto, tutte le condotte ascrivibili all'operatore economico suscettibili di incidere sulla sua affidabilità professionale.

11.3. - Il carattere aperto del catalogo di obblighi dichiarativi trova un bilanciamento nell'esigenza di uno specifico apprezzamento della stazione

appaltante circa il valore dei fatti dichiarati, che deve investire, in prima battuta, la qualifica di gravità dell'illecito professionale e successivamente la sua incidenza sull'affidabilità professionale dell'operatore economico. Sviluppando quanto affermato dalla recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16 [cfr. §§ 12 e 18 del diritto], deve ritenersi che la valutazione riservata alla stazione appaltante sui due profili richiamati rappresenti l'elemento specializzante della causa di esclusione in esame, rispetto alla causa di esclusione descritta nella lett. *f-bis*) (introdotta dall'art. 49 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, che impone l'automatica esclusione dell'operatore economico il quale abbia presentato in gara «*documentazione o dichiarazioni non veritiere*»).

11.4. - I rapporti tra le due norme configurano, in effetti, un caso di specialità reciproca. La fattispecie di cui alla lett. *c*) è speciale, per aggiunta, rispetto alla fattispecie di cui alla lett. *f-bis*), perché oltre agli elementi di quest'ultima contempla l'elemento ulteriore della valutazione riservata alla stazione appaltante della incidenza sulla affidabilità dell'operatore economico. La fattispecie di cui alla lett. *f-bis*) è a sua volta speciale, per specificazione, perché in essa non rientrano tutti i gravi illeciti professionali dell'operatore economico ma solo quelli costituiti dall'aver presentato in gara documentazione o dichiarazioni non veritiere.

11.5. - Si conferma, quindi, per un verso, che la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*) (nella parte in cui prevede l'esclusione dell'operatore economico «*colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*») è una norma residuale perché idonea a ricomprendere nello spettro valutativo dell'affidabilità professionale qualsiasi fatto o condotta violativa di norme civili, penali o amministrative, se connotato in termini di grave illecito professionale. Per altro verso, l'omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (o la dichiarazione reticente su tali fatti) non è mai [nell'art. 80, comma 5, lett. *c*)] autonoma causa di esclusione. Né lo è ai sensi della lett. *f-bis*), della medesima

disposizione, la quale condiziona l'esclusione alla dichiarazione non veritiera (ossia alla dichiarazione di fatti che non trovano corrispondenza nella realtà), non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione; e quindi si applica alle sole ipotesi in cui (come affermato dall'Adunanza Plenaria n. 16/2020, al § 18 del diritto), *«le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità [...]»*.

11.6. - Nel caso di specie, come accennato, i fatti che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto portare a conoscenza della stazione appaltante sono rappresentati dal rinvio a giudizio nei confronti del legale rappresentante della SIAC (fino al 4 maggio 2018), nell'ambito di un procedimento penale pendente presso il Tribunale di Benevento; e dalla condizione di indagati, del direttore Tecnico e legale rappresentante di *Irpinia Strade*, e di altro legale rappresentante della SIAC, nell'ambito di un procedimento penale per reati di falsa attestazione di qualificazione per affidamento di lavori pubblici. Fatti o condotte, di cui non è dubbia l'idoneità ad assumere i connotati del grave illecito professionale e a incidere sulla affidabilità professionale dell'operatore economico, essendo condotte strettamente collegate all'attività professionale dei soggetti in questione.

Ne deriva come conseguenza che la stazione appaltante aveva interesse alla loro conoscenza per poter procedere, prima dell'aggiudicazione, alla valutazione di tutti gli elementi della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c). Valutazione riservata all'amministrazione e non surrogabile dal giudice amministrativo perché, come ha chiarito l'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 16/2020, più volte citata, *«[osta] a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»)*. Laddove invece svolta, operano per essa i 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»*

[Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; 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 principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione» (§ 15 della parte in diritto).

12. - Con il sesto motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha ritenuto perfezionata la causa di esclusione prevista al punto 4.2 del disciplinare di gara, per l'omesso sopralluogo da parte di *Irpinia Strade e Guidi Costruzioni s.r.l.* (le imprese mandanti). Si sottolinea come la *SLAC*, nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo, ha svolto regolarmente il sopralluogo e, dunque, in virtù del regime di solidarietà prescritto dall'art. 48, comma 5, del Codice dei contratti pubblici espressamente richiamato dalla *lex specialis*, avrebbe ottemperato alla prescrizione di gara anche per gli altri componenti del raggruppamento.

12.1. - Il motivo è fondato.

12.2. - Sulla questione della obbligatorietà del sopralluogo e sulla conseguenza dell'eventuale omissione, la giurisprudenza è oscillante: per un verso, si sostiene che la *ratio* della previsione e della connessa sanzione espulsiva va ravvisata nell'esigenza di presentare un'offerta seria e affidabile; e quindi, trattandosi di elemento strettamente connesso all'offerta, non contrasterebbe col principio di tassatività, né sarebbe applicabile il soccorso istruttorio (in tal senso si vedano Cons. St., V, n. 1037/2018; Id., V, n. 3581/2019).

12.3. - Di recente, peraltro, è stato sottolineato come la clausola di esclusione per la mancata effettuazione del sopralluogo si ponga in contrasto, per un verso, con i principi di massima partecipazione alle gare e di divieto di aggravio del procedimento; e, per altro verso, con la formulazione dell'art. 79,

comma 2, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento alle ipotesi in cui *«le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara»*, ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati *«possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte»*, senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato adempimento (Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575).

Da questa analisi si trae una prima indicazione: la prescrizione dell'obbligo di sopralluogo non costituisce una specifica causa di esclusione contemplata dal Codice dei contratti pubblici (arg. dall'art. 79, comma 2, cit.) o da altre disposizioni di legge vigenti. In secondo luogo, se ne deduce che la clausola del bando deve essere interpretata in senso restrittivo, attribuendo alla prescrizione quel significato che sia maggiormente conforme al principio di massima partecipazione alla gara (ed eventualmente utilizzando, a tali fini, gli strumenti di soccorso procedimentale previsti dall'ordinamento in materia di affidamento dei contratti pubblici: art. 83, comma 8, Cod. contr. pub.).

12.4. - In tale prospettiva, il riferimento al ruolo e alle funzioni della mandataria nell'ambito del raggruppamento, contenuto nel disciplinare di gara (il quale prevedeva che *«in caso di raggruppamento temporaneo [...] in relazione al regime della solidarietà di cui all'art. 48, comma 5 del Codice, il sopralluogo può essere effettuato da un incaricato per tutti gli operatori economici raggruppati, aggregati in rete o consorziati, purché munito delle deleghe di tutti i suddetti operatori»*: punto 4.5), fornisce univoche indicazioni testuali nel senso che il sopralluogo effettuato dalla mandataria (e nel caso di specie risulta dalla documentazione in atti che la SLAC, mandataria, ha effettuato il sopralluogo) è atto di adempimento alla prescrizione posta dal disciplinare di gara, liberatorio anche per le imprese mandanti. Né la validità del sopralluogo può essere posta nel nulla dalla mancata documentazione delle deleghe da parte delle mandanti, sia perché la clausola non imponeva il rilascio di deleghe scritte, sia perché le stesse

potevano eventualmente essere acquisite dalla stazione appaltante attivando il soccorso istruttorio sul punto.

13. - Passando all'esame dell'appello incidentale proposto da *Consorzio Costruzioni Infrastrutture Scarl* e da *Vitali S.p.A.*, con il primo motivo le appellanti incidentali deducono la carenza dei requisiti di partecipazione in capo al raggruppamento *SLAC*, in quanto il direttore tecnico della mandante *Irpinia Strade*, ricopriva - all'epoca della presentazione delle offerte - la stessa carica anche presso altre società componenti del raggruppamento; con la conseguenza che *Irpinia Strade* non avrebbe potuto validamente ottenere la SOA che le ha consentito la partecipazione alla gara, per l'impedimento derivante dalla previsione di cui all'art. 87, comma 3, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 («*I soggetti designati nell'incarico di direttore tecnico non possono rivestire analogo incarico per conto di altre imprese qualificate; essi producono una dichiarazione di unicità di incarico. Qualora il direttore tecnico sia persona diversa dal titolare dell'impresa, dal legale rappresentante, dall'amministratore e dal socio, deve essere dipendente dell'impresa stessa o in possesso di contratto d'opera professionale regolarmente registrato*»).

14. - Con il secondo motivo, allegano la violazione dell'art. 80, comma 12, del Codice dei contratti pubblici, sul presupposto che l'attestazione SOA della *Irpinia Strade* sia stata ottenuta sulla scorta di una falsa dichiarazione sull'unicità dell'incarico del direttore tecnico.

15. - Con il terzo motivo, sempre con riferimento all'attestazione SOA rilasciata alla *Irpinia Strade*, le appellanti denunciano che la stessa risulta essere stata rilasciata dalla ATTI.CO. Soa S.p.a., società di attestazione nei confronti della quale l'ANAC, con delibera del 6 giugno n. 532/2018, ha disposto la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione, ravvisando irregolarità nel rilascio delle SOA. Da ciò la necessità di verificare se la *Irpinia Strade* e la *SLAC* fossero effettivamente in possesso dei necessari requisiti per ottenere l'attestazione SOA. A tal fine le predette attestazioni SOA sono state impugnate nel giudizio di primo grado.

16. - I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente data la loro stretta connessione, non sono meritevoli di accoglimento.

16.1. - Quanto alle censure relative agli incarichi del direttore tecnico, esse, più che infondate, sono irrilevanti nella fattispecie, tenuto conto che la norma invocata dalle appellanti incidentali si riferisce al procedimento per il rilascio della SOA (che, come accennato, è stata rilasciata alla *Irpinia Strade* fin dal 9 giugno 2017, e non risulta sospesa né oggetto di provvedimenti di decadenza o di annullamento); e che non si rinviene una norma specifica che sanzioni con l'esclusione la violazione del precetto di cui all'art. 87, terzo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010.

La disposizione richiamata, in realtà, disciplina l'ipotesi di incarico plurimo come una condizione oggettiva di incompatibilità. Al fine di rimuoverla, occorre che almeno una delle imprese interessate provveda alla sostituzione del proprio direttore tecnico, dandone comunicazione alla società di attestazione che l'ha qualificata e all'Anac, ai sensi del sesto comma dell'art. 87 cit.; ove ciò non avvenga, il quinto comma, affidandone la competenza alla SOA o all'Anac, commina unicamente: a) la decadenza dell'attestazione di qualificazione nelle categorie ed importi corrispondenti, connessi alla presenza del o dei direttori tecnici uscenti; b) la conferma o la riduzione della qualificazione nelle categorie ed importi corrispondenti, nel caso in cui l'impresa dimostri di aver eseguito lavori rispettivamente di pari o di minore importo nelle categorie in precedenza connesse alla direzione tecnica. In ogni caso, si tratta di poteri riservati all'ANAC, non ancora esercitati nella fattispecie, e quindi sottratti al sindacato del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 34, comma 2, del Codice del processo amministrativo.

16.2. - Con lo stesso motivo, le appellanti incidentali lamentano che le attestazioni SOA presentate in gara dalla *Irpinia Strade* e dalla *SIAC* non risultavano aggiornate. La seconda, in particolare, in quanto nella stessa veniva riportato un rappresentante legale non più in carica.

16.3. - Le censure devono essere disattese.

Premesso che l'art. 73, comma 7, del D.P.R. n. 207 del 2010, prevede che «*le attestazioni rilasciate ad imprese restano valide a tutti gli effetti*» anche se nei confronti della società di attestazione siano adottati provvedimenti di sospensione o decadenza dell'autorizzazione o la stessa cessi l'attività, nella fattispecie – come si è già veduto – l'attestazione SOA di *Irpinia Strade* è stata rilasciata il 9 giugno 2017, con scadenza triennale all'8 giugno 2020 e quinquennale all'8 giugno 2022. Nessun obbligo, quindi, di aggiornamento o rinnovo (su cui cfr. art. 76 del D.P.R. n. 207 del 2010), ai fini della dimostrazione del possesso della SOA nella gara per cui è controversia.

16.4. - Per quanto concerne la SOA fatta valere dalla *SLAC*, risulta in atti che la società ha richiesto (con atto del 25 maggio 2018) la modifica del legale rappresentante e del direttore tecnico.

16.5. - Non incide, sul punto della partecipazione alla gara di *Irpinia Strade*, nemmeno la revoca dell'autorizzazione all'esercizio della società di attestazione, disposta da Anac nel 2018; revoca che non travolge automaticamente la validità o l'efficacia dell'attestazione SOA rilasciata alla *Irpinia Strade* il 9 giugno 2017 (e utilizzata per la partecipazione alla gara).

16.6. - Ne consegue che anche la domanda di annullamento delle attestazioni SOA va rigettata.

17. - Con il quarto motivo, è poi censurata la violazione dell'art. 80, comma 5, lettera g), del Codice dei contratti pubblici, secondo cui va escluso l'operatore economico che abbia ottenuto il possesso dei requisiti di ordine speciale mediante false attestazioni. Nel caso di specie, data la mendacità delle dichiarazioni di unicità di incarico (presupposte al rilascio della SOA) rese in sede di attestazione, ne conseguirebbe la doverosità dell'iscrizione nel casellario ANAC e la conseguente causa di esclusione dalla procedura di *Irpinia Strade* e del raggruppamento.

17.1. - Il motivo è palesemente infondato, posto che la causa di esclusione in argomento presuppone che l'operatore economico sia «*iscritto nel casellario informatico [...] per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del*

rilascio dell'attestazione di qualificazione»; iscrizione che, all'esito della conclusione del procedimento avviato con la segnalazione della stazione appaltante, è disposta dall'Anac (che, tra l'altro, deve anche verificare se le false dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa: art. 80, comma 12, del Codice dei contratti pubblici). Nessuno di questi presupposti si è verificato e nessuno degli atti è stato adottato.

18. - In conclusione, con riferimento all'appello principale, va accolto il secondo motivo e in parte il primo motivo.

La parziale fondatezza dell'appello principale, sotto i profili precisati, comporta, tuttavia, la sola necessità di correggere la motivazione della sentenza, emendandola dall'errata valutazione giuridica compiuta nell'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici (primo motivo dell'appello principale) e della clausola in punto di obbligo di effettuare il sopraluogo, per i partecipanti alla gara (secondo motivo d'appello). La sentenza, pertanto, va confermata con diversa motivazione.

Ne deriva ulteriormente che, in sede di esecuzione della presente sentenza (ai fini dell'art. 34, comma 1, lett. e), del Codice del processo amministrativo), la stazione appaltante dovrà valutare se i fatti e le condotte addebitabili al raggruppamento aggiudicatario (rappresentati dal rinvio a giudizio nei confronti del legale rappresentante (fino al 4 maggio 2018) della *SLAC*, nell'ambito di un procedimento penale pendente presso il Tribunale di Benevento; e dalla condizione di indagati, del direttore tecnico e legale rappresentante di *Irpinia Strade*, e di altro legale rappresentante della *SLAC*, nell'ambito di un procedimento penale per reati di falsa attestazione di qualificazione per affidamento di lavori pubblici) possano assumere i connotati del «grave illecito professionale» e incidere sulla affidabilità professionale dell'operatore economico.

19. - L'appello incidentale va respinto.

20. - Considerata la complessità delle questioni esaminate, si giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese giudiziali, per il doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 30 marzo 2020, n. 576, con diversa motivazione.

Rigetta l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO