

Pubblicato il 03/06/2020

N. 00632/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00013/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13 del 2020, proposto da -OMISSIS-S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, Valentina Brancaccio, 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;

contro

Unione dei Comuni Velini, quale Centrale Unica di Committenza, Comune di Casal Velino non costituiti in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, corso Garibaldi 103;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione

- della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini n. -OMISSIS-), quale Centrale Unica di Committenza, con la quale, previa approvazione degli atti e della graduatoria di gara, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, in favore dell'impresa -OMISSIS-, dei lavori aventi ad oggetto "Piano della depurazione e servizio idrico integrato DGR 732/2016 e DGR 366/2018: lavori di estensione rete fognate nel territorio del Comune di Casal Velino e adeguamento impianti di depurazione", per un importo di contratto di € 1.733.604,52, oltre oneri di sicurezza di € 3.548,00 ed IVA come per legge;
- ove e per quanto occorra, dell'avviso *ex art.* 76, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 prot. n. -OMISSIS-, a firma del R.U.P., trasmesso a mezzo P.E.C. alla società ricorrente in pari data, recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara;
- della nota del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini prot. n.-OMISSIS-, con il quale, in riscontro ad un'istanza di autotutela presentata dalla società ricorrente, è stata confermata l'ammissione del concorrente (l'impresa -OMISSIS-) poi risultato aggiudicatario della gara;
- della nota del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini del -OMISSIS-, con la quale, dopo aver riscontrato - in sede di verifica dei requisiti di partecipazione - la posizione irregolare dell'impresa aggiudicataria rispetto al pagamento delle imposte e tasse, con conseguente falsa dichiarazione resa in sede di gara, ha, tuttavia, richiesto al concorrente di fornire i propri chiarimenti e/o le proprie giustificazioni, atto non conosciuto;
- ove e per quanto occorra, del verbale di gara n. -OMISSIS-, di contenuto meramente interlocutorio;
- del verbale di gara n. -OMISSIS-, seduta pubblica, nell'ambito della quale è stata verificata la documentazione amministrativa dei concorrenti, ivi compresa, per quanto di maggior interesse, quella dell'impresa -OMISSIS-;

- dei verbali di gara n. --OMISSIS-, sedute riservate, nell'ambito delle quali sono state valutate le offerte tecniche dei concorrenti e, all'esito, è stato attribuito - ad ognuna di esse - un punteggio complessivo;

- del verbale di gara n.-OMISSIS-, seduta pubblica, nell'ambito della quale, previa apertura dei *files* contenenti le offerte economiche e temporali dei concorrenti e formazione della graduatoria finale, la Commissione di Gara ha proposto alla stazione appaltante di aggiudicare l'appalto in favore dell'impresa -OMISSIS- con il punteggio di 90,829 punti;

- di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali;

nonché, per la declaratoria

del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto;

nonché, ancora, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove lo stesso sia stipulato nelle more della trattazione del presente gravame e per la declaratoria del diritto della società ricorrente al subentro nel contratto, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.;

in ogni caso, solo in via subordinata e salvo gravame, per la declaratoria del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno per equivalente monetario ai sensi dell'art. 124, comma 1, c.p.a.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS- il 30\1\2020:

avverso e per l'annullamento – previa sospensione –

a - della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini n. -OMISSIS-, con la quale si è disposta la approvazione degli atti di gara per l'aggiudicazione dei lavori del "Piano della Depurazione e Servizio Idrico Integrato DGR 732/2016 e DGR 366/2018: lavori di estensione rete fognarie nel territorio del Comune di Casal Velino", nella parte ha ammesso e collocato in graduatoria la impresa -OMISSIS-s.r.l.;

b – dei verbali di gara (n. -OMISSIS--), nella parte in cui hanno ammesso a gara e valutato la offerta di -OMISSIS-s.r.l.;

c – di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2020 il dott. Fabio Di Lorenzo e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale ed i provvedimenti chiesti al giudice -

-OMISSIS-S.r.L. ha proposto ricorso per l'annullamento, previa sospensione, dei seguenti atti di gara:

a) determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini n. -OMISSIS- (n. -OMISSIS-), quale Centrale Unica di Committenza, con la quale, previa approvazione degli atti e della graduatoria di gara, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, in favore dell'impresa -OMISSIS-, dei lavori aventi ad oggetto *“Piano della depurazione e servizio idrico integrato DGR 732/2016 e DGR 366/2018: lavori di estensione rete fognate nel territorio del Comune di Casal Velino e adeguamento impianti di depurazione”*, per un importo di contratto di € 1.733.604,52, oltre oneri di sicurezza di € 3.548,00 ed IVA come per legge;

- b) avviso *ex art.* 76, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 prot. n. -OMISSIS-, a firma del R.U.P., trasmesso a mezzo P.E.C. alla società ricorrente in pari data, recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara;
- c) nota del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini prot. n.-OMISSIS-, con il quale, in riscontro ad un'istanza di autotutela presentata dalla società ricorrente, è stata confermata l'ammissione del concorrente (l'impresa -OMISSIS-) poi risultato aggiudicatario della gara;
- d) nota del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini del -OMISSIS-, con la quale, dopo aver riscontrato - in sede di verifica dei requisiti di partecipazione - la posizione irregolare dell'impresa aggiudicataria rispetto al pagamento delle imposte e tasse, con conseguente falsa dichiarazione resa in sede di gara, ha, tuttavia, richiesto al concorrente di fornire i propri chiarimenti e/o le proprie giustificazioni;
- e) verbale di gara n. -OMISSIS-;
- f) verbale di gara n. -OMISSIS-, seduta pubblica, nell'ambito della quale è stata verificata la documentazione amministrativa dei concorrenti, ivi compresa, per quanto di maggior interesse, quella dell'impresa -OMISSIS-;
- g) verbali di gara n. --OMISSIS-, sedute riservate, nell'ambito delle quali sono state valutate le offerte tecniche dei concorrenti e, all'esito, è stato attribuito - ad ognuna di esse - un punteggio complessivo;
- h) verbale di gara n.-OMISSIS-, seduta pubblica, nell'ambito della quale, previa apertura dei *files* contenenti le offerte economiche e temporali dei concorrenti e formazione della graduatoria finale, la Commissione di Gara ha proposto alla stazione appaltante di aggiudicare l'appalto in favore dell'impresa -OMISSIS- con il punteggio di 90,829 punti;
- i) tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

Nel ricorso -OMISSIS-S.r.L. ha chiesto altresì la declaratoria del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more della trattazione del presente giudizio, e la declaratoria del diritto della società ricorrente al subentro nel contratto. E' richiesto altresì il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 124 c.p.a.

Con il primo motivo di ricorso, -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato che l'impresa aggiudicataria -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-doveva essere esclusa dalla gara perché, in manifesta violazione dell'art. 80, comma 4 e comma 5, lettera f-*bis*), D.Lgs. n. 50/2016, nonché del punto 6.2.2. del disciplinare di gara, ha reso una falsa dichiarazione in ordine alla sua asserita condizione di regolarità "*rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse*".

Con il secondo motivo di ricorso, -OMISSIS-S.r.L. ha sostenuto che l'impresa aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara anche per la manifesta impossidenza dei requisiti di idoneità professionale *ex art.* 83, comma 1, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, dell'iscrizione nei registri della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura per lo specifico settore di attività oggetto dell'appalto.

Con il terzo motivo di ricorso, -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato che il provvedimento di aggiudicazione è illegittimo per la violazione dell'art. 89 D.Lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, per l'indeterminatezza e l'insufficienza delle risorse messe a disposizione dell'impresa aggiudicataria dall'impresa ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto.

Con il quarto motivo di ricorso, -OMISSIS-S.r.L. ha affermato che la società -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), D.Lgs. n. 50/2016 in quanto dal certificato dei carichi pendenti allegato alla

domanda risulta che il suo legale rappresentante è stato rinviato a giudizio per il reato previsto dall'art. 316 *ter* c.p.

Con il quinto motivo, -OMISSIS-S.r.L. deduce, infine, che l'impresa aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta tecnica migliorativa manifestamente in contrasto con quanto richiesto dalla stazione appaltante nel progetto esecutivo posto a base di gara.

-OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-si è costituita chiedendo che il ricorso principale venga respinto, e proponendo ricorso incidentale per l'annullamento, previa sospensiva, dei seguenti atti:

a - determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini n. -OMISSIS-, con la quale si è disposta la approvazione degli atti di gara per l'aggiudicazione dei lavori del "*Piano della Depurazione e Servizio Idrico Integrato DGR 732/2016 e DGR 366/2018: lavori di estensione rete fognarie nel territorio del Comune di Casal Velino*", nella parte ha ammesso e collocato in graduatoria la impresa -OMISSIS-s.r.l.;

b – verbali di gara (n. -OMISSIS--), nella parte in cui hanno ammesso a gara e valutato la offerta di -OMISSIS-s.r.l.

Con il primo motivo del ricorso incidentale, la società -OMISSIS- ha lamentato che la Società -OMISSIS-s.r.l. è incorsa in una falsa dichiarazione in ordine al requisito di affidabilità ed integrità professionale (art. 80 co. V lett. f bis) D.Lgs. 50/2019 in relazione all'art. 80 co. V lett. c) D.Lgs. 50/2019), in quanto il suo legale rappresentante in sede di redazione del DGUE e delle dichiarazioni allegate, ha omesso di dichiarare di essere stato rinviato a giudizio per il reato di bancarotta fraudolenta.

Con il secondo motivo del ricorso incidentale, la società -OMISSIS- ha sostenuto che -OMISSIS-S.r.L. deve essere esclusa anche per aver reso una dichiarazione reticente ed incompleta in ordine alla condanna definitiva per il reato di concorso

(art. 110 c.p.) e di calunnia (art. 368 c.p.) irrogata in danno del legale rappresentante.

Con il terzo motivo del ricorso incidentale la società -OMISSIS- ha affermato che -OMISSIS-S.r.L. deve essere esclusa anche per carenza del requisito della idoneità professionale, essendo priva di iscrizione camerale per attività prevalente nel settore della costruzione di opere idrauliche oggetto di appalto.

Con il quarto motivo del ricorso incidentale la società -OMISSIS- ha contestato la validità del contratto di avvalimento della -OMISSIS- per indeterminatezza ed insufficienza delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

2. Ricorso principale e ricorso incidentale escludente: delimitazione del thema decidendum –

Il Collegio ritiene di aderire al recente orientamento della Corte di Giustizia UE, in base al quale «*l'art. 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi*» (Corte giust. UE sez. X, 5/9/2019, n. 333). Aderendo a tale indirizzo, il Collegio ritiene che occorra esaminare sia il ricorso principale, sia il ricorso incidentale cd. escludente.

3. Il ricorso principale –

Con il primo motivo del ricorso principale, -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato che l'impresa aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara perché, violando l'art. 80, comma 4 e comma 5, lettera f-*bis*), D.Lgs. n. 50/2016, nonché il punto 6.2.2. del disciplinare di gara, avrebbe reso una falsa dichiarazione in ordine alla sua asserita condizione di regolarità “*rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse*”.

Il motivo di ricorso contiene due distinte doglianze: la violazione dell'art. 80 c. 4 del D.Lgs. 50/2016, e la violazione dell'art. 80 c. 5 lett. f *bis* del D.Lgs. 50/2016.

3.1. In primo luogo, -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato la violazione dell'art. 80 c. 4 del D.Lgs. 50/2016, per la grave e definitivamente accertata esposizione debitoria con il Fisco.

E' utile ricostruire la vicenda nello sviluppo cronologico: in data 21.3.2019 l'Agenzia delle Entrate ha notificato a -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-una cartella di pagamento per omesso pagamento delle imposte ai fini Irpef per l'importo di euro 47.160,91 per l'anno 2014, somma comprensiva di sanzioni ed interessi; in data 17.5.2019, avverso tale cartella di pagamento -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha proposto ricorso innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale; in data 12.8.2019 è scaduto il termine di presentazione delle offerte per la gara per cui è causa, indetta con bando del 16.7.2019; in data 21.11.2019 -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha chiesto all'Agenzia delle Entrate di conciliare la controversia tributaria; in data -OMISSIS- è stato concluso l'accordo conciliativo tra -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-e Agenzia delle Entrate, sulla base della proposta di definizione consistente nella riduzione delle sanzioni al 40% (a fronte della sanzione irrogata in cartella per € 9.483,60, è stata proposta l'applicazione per la minor somma di € 3.793,44) e nella rideterminazione dell'importo dovuto da -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-in € 40.100,16 (con aumento a € 41.072,96 calcolando anche gli

interessi) e concordando un pagamento dilazionato in 8 rate trimestrali; tuttavia in data -OMISSIS-, con nota del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini, con la quale, dopo aver riscontrato - in sede di verifica dei requisiti di partecipazione - la posizione irregolare dell'impresa aggiudicataria rispetto al pagamento delle imposte e tasse, è stato richiesto a - OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-di fornire i propri chiarimenti; dopo che -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha reso i chiarimenti, in data 10.12.2019 è intervenuta l'aggiudicazione in proprio favore.

3.1.1. Ciò premesso, la prima parte dell'art. 80 c. 4 D.Lgs. 2016 n. 50 prevede che *«un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione».*

Nel caso in esame sussiste il requisito della gravità della violazione nei confronti degli obblighi tributari, in quanto è ampiamente superata la soglia di euro 10.000 individuata dall'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis DPR 602/73. D'altra parte, con l'accordo conciliativo è stata pattuita solo la riduzione al 40% delle sanzioni, mentre è stato confermato l'importo della sorta capitale e degli interessi, e ciò a conferma della fondatezza della pretesa tributaria e dell'effettiva sussistenza del debito verso il fisco.

Sussiste anche il requisito del definitivo accertamento della violazione. In punto di definitività della sanzione agli effetti dell'art. 80 c. 4 citato, la giurisprudenza ha affermato che *«la regolarità fiscale delle imprese partecipanti ad appalti pubblici sussiste quando, alternativamente, a carico dell'impresa non risultino contestate violazioni tributarie*

mediante atti ormai definitivi per decorso del termine di impugnazione ovvero, in caso d'impugnazione, la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato. Pertanto, nel caso in cui l'atto di accertamento sia divenuto definitivo per l'infruttuoso decorso del termine di impugnazione oppure per passaggio in giudicato della sentenza, l'impresa che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica deve essere esclusa per il mancato rispetto del requisito della regolarità fiscale ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016. Il giudizio avverso la cartella di pagamento introduce una lite attinente alla fase della riscossione, ma non pregiudica la sussistenza del debito tributario sottostante. Infatti i tributi per quali è stata accertata l'inadempienza derivavano da atti non più soggetti a impugnazione e la cartella esattoriale può essere impugnata solo per vizi formali ad essa attinenti, ma non può più mettersi in discussione la debenza dei tributi ivi indicati perché sono iscritti a ruolo solo dopo la definitività degli stessi» (Cons. Stato, sez. V, 3/4/2018, n. 2049). Infatti, «in sede di gara pubblica, ai fini del possesso dei requisiti previsti dall'art. 80, d.lg. n. 50 del 2016, la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale - in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento - bensì dalla comunicazione di quest'ultimo; la cartella di pagamento (che infatti non è atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata, laddove è l'avviso di accertamento l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale» (Cons. Stato, sez. V, 14/12/2018, n. 7058). Nel caso in esame, la cartella di pagamento è stata notificata nel 2019 ed è stata impugnata poi dinanzi alla Commissione tributaria; nella cartella è espressamente indicato che essa è stata preceduta dalla notifica di avviso bonario effettuata in data 13.10.2017 (nell'accordo conciliativo tra -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-e Agenzia delle Entrate si

fa riferimento a notifica perfezionata “*per compiuta giacenza*”), e che successivamente il ruolo è stato reso esecutivo in data 21.1.2019. Dalla cartella in atti risulta che l'accertamento presupposto è stato effettuato ai sensi dell'art. 36 *bis* DPR 600/73 (norma che prevede appunto la notifica non già di avviso di accertamento, ma di avviso bonario, o comunicazione di irregolarità), con indicazione delle maggiori imposte dovute, degli interessi e delle sanzioni; l'avviso bonario non è stato impugnato, divenendo definitivo (e non risulta che dinanzi alla Commissione tributaria sia stata annullata la cartella per omessa notifica del presupposto avviso bonario). In merito alla natura giuridica dell'avviso bonario, la S.C. afferma che tale atto, con cui l'Ufficio comunica l'esistenza di una irregolarità sulla dichiarazione dei redditi, è impugnabile dal contribuente in quanto espressione di una pretesa fiscale definitiva, dato che l'elencazione degli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario *ex art. 19 d.lg. n. 546 del 1992* non è tassativa e non esclude l'impugnabilità di atti non compresi in tale elenco ma contenenti la manifestazione di una compiuta pretesa tributaria (Cass. civ., sez. trib., 11/5/2012, n. 7344). In termini ancora più chiari, la S.C. ha definito l'avviso bonario come un atto adottato dall'ente impositore che porta a conoscenza del contribuente una specifica pretesa tributaria, con esplicitazione delle concrete ragioni fattuali e giuridiche, per cui è impugnabile davanti al giudice tributario, senza necessità che si manifesti in forma autoritativa (Cass. civ., sez. VI, 19/2/2016, n. 3315); da ciò, con riferimento all'avviso bonario, «*consegue che il ricorso avverso la cartella esattoriale, emessa successivamente in relazione all'avviso non opposto, risulta essere inammissibile*» (Cass. civ., sez. trib., 15/05/2008, n. 12194). Quindi, nel caso in esame l'avviso bonario costituisce l'atto mediante il quale l'ente impositore ha notificato formalmente la pretesa tributaria al contribuente, mentre la conseguente cartella notificata nel 2019 costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata la pregressa richiesta di natura sostanziale, che non possiede alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo

dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata; ne consegue che, nel solco dell'orientamento del Consiglio di Stato sopra richiamato, la pretesa tributaria è divenuta definitiva per la mancata impugnazione dell'avviso bonario, che secondo quanto indicato nella cartella è stato notificato in data 13.10.2017, non assumendo rilievo la sola impugnazione della cartella ai fini della disciplina dell'art. 80 c. 4 D.Lgs. 2016 n. 50.

A fronte dunque di tale violazione tributaria grave e definitivamente accertata nel senso descritto, è fondato il motivo di ricorso relativo alla violazione dell'art. 80 c. 4 D.Lgs. 50/2016 .

3.1.2. Ad abundantiam, la gravità e definitività della violazione tributaria emerge anche dalle tre certificazioni dell'Agenzia delle Entrate prodotte da -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-(di cui una riportante la situazione fiscale al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte), da cui risulta che prima della presentazione dell'offerta a -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-sono state notificate non solo alcune comunicazioni di irregolarità (cioè avvisi bonari, sulla cui natura giuridica si rinvia a quanto illustrato sopra), ma anche un gran numero di cartelle esattoriali per ingente importo. Ribadito che la notifica della cartella presuppone la previa notifica dell'atto presupposto dell'ente impositore contenente la pretesa tributaria (la cui mancata impugnazione tempestiva e autonoma comporta la definitività della violazione tributaria nel senso indicato dall'art. 80 c. 4 del D.Lgs. 50/2016) a nulla rileva che l'importo indicato nelle cartelle risulti rateizzato, in quanto non risulta da tale certificazione che il piano di rateizzo sia esaurito prima della presentazione dell'offerta.

3.1.3. Sempre ad abundantiam, la rilevanza della violazione tributaria per gli effetti dell'art. 80 c. 4 D.Lgs. 50/2016 emerge anche sotto altro profilo. L'art. 80 c. 4 ultimo periodo D.Lgs. 50/2016 prevede che «*il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante*

a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande». Nel caso in esame, premesso che il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato al 12.8.2019, risulta che l'accordo sulla definizione della pretesa tributaria sottesa alla cartella notificata per maggior debito Irpef dell'anno 2014 per l'importo di 47.160,91 (e con accordo di rateizzo dei pagamenti) è stato concluso tra -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-e Agenzia delle Entrate solo in data -OMISSIS-, quindi ben oltre il termine di presentazione delle offerte. Ne risulta quindi che anche sotto tale profilo non è esclusa la gravità e definitività della violazione tributaria.

3.1.4. Per tutti tali motivi il ricorso principale deve essere accolto, in quanto è fondato il primo motivo di ricorso principale relativo alla violazione dell'art. 80 c. 4 D.Lgs. 50/2016.

3.2. Il Collegio ritiene che il ricorso principale debba essere accolto anche sulla base di un'ulteriore *ratio decidendi*, distinta rispetto a quella relativa alla violazione dell'art. 80 c. 4 D.Lgs. 50/2016, e in grado di sorreggere autonomamente l'accoglimento del ricorso principale. Infatti, è fondata anche la doglianza del ricorrente principale relativa alla violazione dell'art. 80 c. 5 lett. f *bis* D.Lgs. 50/2016, per avere -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-reso una dichiarazione non veritiera in merito al proprio adempimento degli obblighi tributari.

3.2.1. In particolare, premesso che nel punto 6.2.2. del disciplinare di gara è indicato che *«Sono esclusi, senza che si proceda all'apertura della busta telematica dell'offerta economica, gli offerenti (...) che in una o più d'una delle dichiarazioni (...) hanno esposto dichiarazioni mendaci o prodotto documenti palesemente falsi»*, nel documento di gara unico europeo è contenuta la seguente domanda: *«L'operatore economico ha soddisfatto tutti gli obblighi relativi al pagamento di imposte sia nel paese dove è stabilito sia nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, se diverso dal paese di*

stabilimento?». Nonostante la consistente e grave esposizione con gli enti impositori sopra descritta (numerose cartelle e comunicazioni di irregolarità, risultanti anche dalle tre certificazioni dell'Agenzia delle Entrate prodotte in atti), -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-alla domanda ha risposto «sì», in tal modo rendendo una dichiarazione non veritiera a fronte di un quesito preciso ed espresso, la cui risposta è evidentemente dirimente per la valutazione del concorrente e per vagliare la sua affidabilità (peraltro l'importo del debito verso il Fisco è superiore alla soglia di fallimento stabilita dall'art. 1 L. Fall., ed è tale quindi da giustificare in astratto un ricorso di fallimento nei confronti dell'aggiudicataria -OMISSIS-s.a.s. di -OMISSIS-, con conseguente pregiudizio per la regolare esecuzione dell'appalto). Per tale dichiarazione non veritiera -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

3.2.2. Inoltre, *ad abundantiam*, il Collegio rileva un'ulteriore dichiarazione non veritiera di -OMISSIS-s.a.s. di -OMISSIS-, anch'essa motivo di esclusione dalla gara. In particolare nella domanda di partecipazione allegato A, -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha dichiarato «*di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse*». Tuttavia, per i motivi già esposti, -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha commesso una grave e definitiva violazione rispetto agli obblighi fiscali. Tale quesito è stato previsto nel modello di domanda in quanto, all'evidenza, ritenuto dirimente dalla stazione appaltante per valutare l'affidabilità del concorrente, per cui è *in re ipsa* che la dichiarazione non veritiera, su tale profilo ritenuto fondamentale dalla stazione appaltante, non può che comportare l'esclusione dalla gara, per violazione dell'art. 80 c. 5 lett. f *bis*) D.Lgs. 50/2016.

3.3. Il ricorso principale deve pertanto essere accolto, stante la fondatezza del primo motivo dedotto (nei suoi diversi, articolati, profili).

Di conseguenza, assorbiti gli altri motivi del ricorso principale successivamente graduati, devono per l'effetto essere annullati, per quanto di ragione, gli atti impugnati (nella misura in cui hanno comportato l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata, illegittimamente ammessa alla procedura *de qua*).

L'ulteriore domanda contenuta nel ricorso principale, con cui -OMISSIS-S.r.L. ha chiesto di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, rimane tuttavia subordinata alla valutazione della fondatezza del proposto ricorso incidentale, di cui appresso.

4. Il ricorso incidentale –

-OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha proposto ricorso incidentale, lamentando la violazione dell'art. 80 c. 5 lett. c), c *bis*), c *ter*), ed f *bis*) D.Lgs. 2016 n. 50, per l'omessa esclusione di -OMISSIS-S.r.L. dalla gara. In particolare, -OMISSIS-s.a.s.-OMISSIS-ha lamentato che -OMISSIS-s.r.l. sarebbe incorsa in una falsa dichiarazione in ordine al requisito di affidabilità ed integrità professionale ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. f *bis*) in relazione all'art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. 2016 n. 50, in quanto -OMISSIS-, legale rappresentante di -OMISSIS-S.r.L., in sede di redazione del DGUE e delle dichiarazioni allegate avrebbe omesso di dichiarare un decreto di rinvio a giudizio per il reato di bancarotta fraudolenta disposto dal GIP presso il Tribunale di Salerno in data 22.10.2014, con giudizio ancora pendente. Secondo la ricorrente incidentale, tale fatto sarebbe potenzialmente idoneo ad incidere sulla integrità professionale del concorrente, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. 50/2016.

-OMISSIS-S.r.L. ha affermato l'infondatezza del ricorso incidentale, in quanto il decreto di rinvio a giudizio di -OMISSIS--non si riferirebbe alla sfera di attività della concorrente di impresa edile (attività per la quale ha concorso nella gara per cui è causa), ma a quella di un altro e distinto soggetto giuridico, cioè la -OMISSIS- di cui -OMISSIS--era institore e non legale rappresentante. -OMISSIS-S.r.L. ha

inoltre replicato di non avere reso alcuna falsa dichiarazione, in quanto nel D.G.U.E. presentato in sede di gara, nella parte relativa a “*motivi legati a condanne penali*” avrebbe risposto negativamente alle domande su eventuali condanne penali, non avendo valore di condanna il mero decreto di rinvio a giudizio.

4.1. Il Collegio rileva che la questione del rinvio a giudizio del legale rappresentante di -OMISSIS-S.r.L. non emerge dall'esame documentale delle domande e delle dichiarazioni inerenti la partecipazione alla gara, proprio in quanto circostanza non dichiarata, per cui -OMISSIS-S.r.L. ha certamente omesso tale informazione.

4.2. Ciò premesso, occorre tuttavia valutare se sussista un obbligo dichiarativo a carico dei partecipanti alla gara in ordine all'ipotesi di rinvio a giudizio a carico di amministratori e legali rappresentanti.

In linea generale, è dibattuto in giurisprudenza se i fatti idonei a pregiudicare la professionalità dell'operatore, anche se non tipizzati nell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, debbano essere sempre dichiarati, a pena di automatica esclusione, oppure se viceversa, tale omissione dichiarativa non comporti l'automatico effetto escludente dalla gara, dovendo sempre e comunque rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, ai fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente.

In ragione del contrasto registrato nel Consiglio di Stato tra tali due tesi, con l'ordinanza n. 2332 del 2020 della Sezione Quinta la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, che dovrà pronunciarsi.

Tali due opposte tesi, di conseguenza, forniscono soluzioni diverse con riferimento al rilievo dell'omessa dichiarazione in merito a rinvii a giudizio.

Il Collegio non oblitera l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo cui l'eventuale rinvio a giudizio dell'amministratore di un operatore economico nonché l'applicazione di una misura cautelare per i medesimi reati, non costituirebbero adeguati mezzi di prova della commissione di un grave illecito

professionale, che comporterebbe l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza che la loro omessa dichiarazione non configurerebbe la causa di esclusione dell'operatore ai sensi della successiva lett. c-*bis* (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 258).

Il Collegio ritiene tuttavia preferibile l'opposto orientamento, in base al quale, anche oltre le ipotesi tipizzate dall'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016, sussiste in capo all'operatore un obbligo di dichiarare fatti ragionevolmente idonei a compromettere la professionalità e l'affidabilità. In base a quest'ultimo preferibile indirizzo, il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa (C.d.S., Sez. V, decisione n. 1367 del 27.02.2019; T.A.R. Veneto, sez. I, 13/1/2020, n. 39); sussistendo l'obbligo di dichiarare tutti i fatti rilevanti ai fini della moralità professionale delle imprese partecipanti, il partecipante non può non essere tenuto a dichiarare anche i rinvii a giudizio o misure restrittive, anche se non espressamente contemplati quali cause di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, e anche a prescindere dalla sottoscrizione dei cd. "*patti di integrità*" (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 7/2/2020, n. 180; T.A.R. Piemonte, sez. I, 23 agosto 2019, n. 959). Insomma, «*sussiste l'obbligo di dichiarare sempre e senza eccezioni le condanne (o anche solo le contestazioni) relative alle violazioni di norme riconducibili alla categoria in parola*» (Cons. Stato sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8711).

Nello specifico, va affermata la sussistenza di un obbligo dell'impresa di dichiarare la sottoposizione a giudizio penale per un reato che può avere incidenza sulla affidabilità imprenditoriale e sulla professionalità. E' evidente quindi che l'atipicità (sia pur nei limiti sopra descritti) dei fatti suscettibili di determinare l'inaffidabilità

morale della partecipante, non essendo tipizzabile *a priori*, ne impedisce la traduzione in moduli prestampati e richiede, invece, uno sforzo informativo ulteriore da parte della partecipante che va apprezzato alla luce dei principi di correttezza e buona fede (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 53). In particolare, nel caso in esame il reato per il quale è stato disposto il rinvio a giudizio è, tra i reati in materia economica e afferenti alla gestione di impresa, particolarmente grave, sia per la pena edittale, sia per le pene accessorie, consistenti nell'inabilitazione all'esercizio dell'impresa commerciale, nell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, e nell'incapacità di contrattare con la P.A. (l'art. 216 L. Fall., che prevede il reato di bancarotta fraudolenta, rinvia alle pene accessorie previste nel capo III, titolo II libro I del c.p., tra cui rientra l'art. 32 *ter* c.p. che disciplina la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la P.A.); ne discende che il reato di bancarotta fraudolenta rientra in astratto nell'autonoma previsione residuale escludente di cui all'art. 80, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 50/2016 («ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione»).

4.3. Ciò chiarito, e accertato che -OMISSIS-S.r.L. aveva l'obbligo di dichiarare che il proprio legale rappresentante avesse un giudizio penale pendente per bancarotta fraudolenta a seguito di rinvio a giudizio, occorre esaminare le conseguenze discendenti dall'omissione di tale informazione, e dalla dichiarazione racchiusa nella domanda di partecipazione alla gara (Modello A) in cui -OMISSIS-S.r.L. ha escluso di essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali tali da renderne dubbia l'integrità ed affidabilità. Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che la dichiarazione resa dall'operatore economico circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "*gravi illeciti professionali*" può essere "*omessa*" (quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "*grave illecito professionale*"), "*reticente*" (quando le

pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente) o "*completamente falsa*" (che consiste in una *immutatio veri*; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero).

Il Collegio ritiene che la mancata indicazione nella domanda di partecipazione alla gara del rinvio a giudizio in questione e dei fatti allo stesso sottesi integra l'ipotesi di omessa dichiarazione. In ordine alle conseguenze di tale omissione, occorre evidenziare che il reato di bancarotta fraudolenta è tra i più gravi reati che possano essere commessi nell'attività di impresa, tale da compromettere in modo radicale l'affidabilità dell'imprenditore, la tutela dei creditori, la garanzia di esecuzione del contratto, e in ultima analisi anche la professionalità. Non dichiarando il citato rinvio a giudizio, -OMISSIS-S.r.L. ha omesso informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, c. 5, lett. c *bis*, D.Lgs. n. 50/2016), non consentendo alla stazione appaltante di valutare la rilevanza dei fatti sottesi al rinvio a giudizio sotto il profilo della sussistenza dell'illecito professionale nonché dell'integrità ed affidabilità dell'operatore (art. 80, c. 5, lett. c, D.Lgs. n. 50/2016), soprattutto considerando che, per i motivi già illustrati, il reato per il quale è stato disposto il rinvio a giudizio è particolarmente pregnante ai fini della partecipazione alle pubbliche gare rientrando nell'ipotesi escludente dell'art. 80, c. 1, lett. g), D.Lgs. n. 50/2016, e potendo comportare, in caso di condanna definitiva, l'esclusione in qualsiasi momento della procedura ai sensi del comma 6 dell'art. 80 con conseguente pregiudizio per l'esecuzione dell'appalto.

La gravità del fatto contestato in sede penale, la sua immanenza all'attività di impresa, il rischio che tale condotta di reato possa compromettere l'affidabilità e l'esecuzione del contratto, sono tutti elementi che convincono dell'effetto automaticamente escludente dell'accertata omissione dichiarativa.

Per la gravità del fatto oggetto della dichiarazione omissiva, è violata la regola di correttezza professionale (cfr. art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016), intorno alla quale si addensa e coagula la stessa dimensione di lealtà, affidabilità e credibilità dell'operatore professionale, essendo stato impedito alla stazione appaltante di elaborare – nella prospettiva del corretto svolgimento della procedura di selezione – le proprie decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

Il Collegio non ignora le critiche che alla tesi qui sposata sono rivolte da altro indirizzo del Consiglio di Stato (richiamato anche dalla citata ordinanza n. 2332/2020 di rimessione all'Adunanza Plenaria), secondo cui sostenere un generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività, *«potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici, imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa»* (Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; Id., V, 3 settembre 2018, n. 5142).

Nel caso in esame però la soluzione adottata non è scalfita da tale critica.

In primo luogo, il fatto omesso non è certamente riconducibile a *«vicende professionali (...) del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa»*. Infatti, come già evidenziato sopra, il reato di bancarotta fraudolenta, per il quale vi è stato il rinvio a giudizio e per l'accertamento del quale il processo è ancora pendente, è un reato gravissimo nell'ambito dell'esercizio dell'attività di impresa, tale da comportare pene accessorie che limitano l'esercizio dell'attività professionale e portano all'esclusione della capacità di contrattare con la P.A., ricadendo quindi nella previsione dell'art. 80, c. 1, lett. g), D.Lgs. n. 50/2016. Ed è proprio in base a quest'ultima norma, e non già in base a una valutazione personale ed opinabile dell'interprete, che la fattispecie concreta in esame acquista rilievo fondamentale al fine di valutare la professionalità: se la legge stessa, nella citata lett. g), qualifica come tipicamente escludente la condanna definitiva per reati che

comportano l'incapacità a contrattare con la P.A. (inclusa quindi la bancarotta fraudolenta), non può non assumere rilievo, ai fini del dovere dichiarativo, la circostanza del rinvio a giudizio per tale reato con processo ancora pendente, dato che il successivo sopraggiungere di un'eventuale condanna definitiva, anche in corso di esecuzione dell'appalto, comporterebbe il venir meno dei requisiti essenziali in capo all'operatore, con ricadute gravi anche sull'esecuzione del contratto (art. 80, c. 6, D.Lg. n. 50/2016). Né potrebbe sostenersi che tale rinvio a giudizio rientri tra *«vicende professionali ampiamente datate»*: anche se il rinvio a giudizio è stato disposto nel 2014, i suoi effetti sono perduranti e continuativi, in quanto il giudizio penale è ancora pendente, e potenzialmente idoneo a sfociare in una condanna definitiva per bancarotta fraudolenta, con i già descritti effetti sull'esecuzione del contratto.

Per tutti questi motivi il ricorso incidentale è accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati, e con conseguente esclusione di -OMISSIS-S.r.L. dalla gara.

4.3.1. Peraltro, anche qualora si accogliesse la soluzione secondo cui la dichiarazione di assenza di gravi illeciti professionali integri, a fronte di un rinvio a giudizio per bancarotta fraudolenta, una dichiarazione falsa, ugualmente e a maggior ragione il ricorso incidentale andrebbe accolto per violazione dell'art. 80, c. 5, lett. f *bis*), D.Lgs. n. 50/2016; secondo tale indirizzo, infatti, nella fattispecie del citato art. 80, comma 5, lett. f *bis*, l'esclusione dalla gara sarebbe atto automatico e vincolato, discendente direttamente dalla legge, giustificato dalla *«mera omissione da parte dell'operatore economico»* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 1074).

4.4. In ultimo, non può essere accolto il rilievo di -OMISSIS-S.r.L., secondo cui la pendenza del giudizio penale in capo al proprio legale rappresentante non potrebbe fondare un giudizio di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, in quanto

le cause di esclusione previste da tale norma dovrebbero riferirsi necessariamente solo all'operatore economico e non anche agli organi dello stesso; in particolare, -OMISSIS-S.r.L. ha rilevato che tale rinvio a giudizio scaturisce dalla pregressa attività professionale del proprio legale rappresentante (cioè l'attività di institore per una società sportiva), così che tale vicenda penale non sarebbe riferibile a -OMISSIS-S.r.L. e non potrebbe fondare un giudizio negativo sulla sua affidabilità imprenditoriale.

Tuttavia tale argomento di -OMISSIS-S.r.L. è destituito di fondamento.

Va infatti condiviso il principio espresso dalla giurisprudenza secondo cui le vicende penali del legale rappresentante (condanne, ma per analoghe ragioni anche per eventuali rinvii a giudizio o misure cautelari) rilevanti ai sensi dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 per l'esclusione del concorrente, non possono che formalmente fare capo agli esponenti dell'impresa per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato o comunque tenuti, in ragione dei propri poteri di controllo, ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti (Cons. Stato, V, 12 marzo 2019, n. 1649).

In questi termini, non rileva la circostanza che le condanne siano state irrogate ad un soggetto per fatti ed in epoche in cui lo stesso era soggetto apicale di altra società, atteso che non è corretta la pretesa di -OMISSIS-S.r.L. di distinguere concettualmente l'impresa (in quanto tale, un'entità puramente giuridica) dai soggetti per il tramite dei quali, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, la medesima impresa concretamente opera sul mercato. Ragionando diversamente, si arriverebbe al paradosso di escludere la rilevanza di qualsiasi sentenza di condanna e di qualsiasi vicenda penale (anche in termini di rinvio a giudizio o misura cautelare) ai fini della valutazione di affidabilità sottesa al precetto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, dal momento che

nel vigente sistema normativo la responsabilità penale riguarda direttamente le sole persone fisiche e non anche le imprese (Cons. Stato, sez. V, 7/1/2020, n. 70).

Dunque deve considerarsi l'intera esperienza professionale dei soggetti apicali mediante i quali la società opera, atteso che sono necessariamente questi a determinare il concreto comportamento dell'impresa sul mercato, pena l'elusione delle finalità di tutela pubblicistica perseguite dalla norma di legge. Conferma di tale generale principio si evince nel più generale sistema tracciato dall'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, nel quale assumono rilievo anche le pregresse condanne riportate dai soggetti cessati dalla carica, tra i quali devono annoverarsi i vertici delle società dalle quali il concorrente ha acquisito complessi aziendali o rami d'azienda, sebbene gli stessi siano del tutto estranei alla *governance* societaria del concorrente medesimo (Cons. Stato, sez. V, 7/1/2020, n. 70).

4.5. Ne consegue che il ricorso incidentale è fondato e va pertanto accolto, assorbiti gli altri motivi del ricorso incidentale successivamente graduati, con annullamento degli atti impugnati, per quanto di ragione (nella parte in cui la ricorrente principale è stata illegittimamente ammessa alla procedura *de qua*).

4.6. Dall'accoglimento del ricorso incidentale discende, come ulteriore effetto, che non può essere accolta la domanda contenuta nel ricorso principale, con cui - OMISSIS-S.r.L. ha chiesto di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, né la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 124 c.p.a..

In esecuzione della presente sentenza, l'amministrazione resistente dovrà rideterminarsi, secondo le proprie valutazioni discrezionali, in ordine alle due possibilità che in tal caso le sono riconosciute dall'ordinamento, secondo i principi espressi dalla suindicata pronuncia della Corte di Giustizia del 5 settembre 2019 (aggiudicazione al terzo graduato o rinnovazione dell'intera procedura di gara).

5. *Regolamento delle spese di lite-*

In considerazione del fatto che le esaminate questioni in diritto sono controverse e particolarmente complesse, ed in ragione della soccombenza reciproca di -OMISSIS-S.r.L. e -OMISSIS-s.a.s. di -OMISSIS-, sussistono gravi motivi che giustificano l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così dispone:

Accoglie il ricorso principale, con conseguente annullamento degli atti impugnati per quanto di ragione, nei sensi di cui in motivazione

Accoglie il ricorso incidentale, con conseguente annullamento degli atti impugnati per quanto di ragione, nei sensi di cui in motivazione.

Compensa integralmente le spese di lite.

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

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite “*Microsoft Teams*”):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Fabio Di Lorenzo

Leonardo Pisanisi

IL SEGRETARIO