

Pubblicato il 22/02/2023

N. 01791/2023REG.PROV.COLL.
N. 05909/2022 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5909 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI formato da -OMISSIS- quale mandataria e -OMISSIS- quale mandante, 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, n. 142,

contro

Società Regionale per la Sanità - -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio dell'avv. Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino n. 12/a;

- dell'Azienda Ospedaliera Universitaria San Giovanni di Dio e -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;
- della ASL Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valerio Casilli e Rosa Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la-OMISSIS- e della ASL Salerno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto dalla ricorrente incidentale di primo grado -OMISSIS-

Visti i due ricorsi per motivi aggiunti proposti dall'appellante incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023, il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR per la Campania, sede di Napoli, notificato in data 12 novembre 2021 e depositato il successivo 17 novembre, la società -OMISSIS- in proprio e in qualità di mandante del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo con -OMISSIS- (mandataria) e -OMISSIS- (mandante) ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, il provvedimento del 3 maggio 2021 (dettagliato nell'epigrafe del ricorso unitamente agli ulteriori atti ivi identificati), con il quale -OMISSIS- ha disposto l'archiviazione del procedimento di esclusione, avviato nei confronti di -OMISSIS- (oggi

denominata -OMISSIS- e così di seguito indicata), dalla gara relativa all' *“Affidamento dei Servizi Integrati per la Gestione e la Manutenzione delle Apparecchiature Biomediche (-OMISSIS-) delle Aziende del Sistema Sanitario della Regione Campania”* con riferimento al Lotto funzionale (territoriale) della gara stessa n. 1, oggetto del presente contenzioso.

All'esito della gara la graduatoria relativa al Lotto n. 1 ha registrato come prima in graduatoria -OMISSIS-, seconda classificata -OMISSIS- e terza classificata l'ATI costituenda tra -OMISSIS-(mandataria),-OMISSIS-(mandante e odierna ricorrente).

2. - Con determinazione di aggiudicazione n. -OMISSIS-, -OMISSIS-ha aggiudicato la gara a -OMISSIS-, seconda in graduatoria, in applicazione del vincolo di aggiudicazione consistente nel limite massimo di due lotti, da individuarsi in quelli più cospicui, in ragione del fatto che -OMISSIS-era risultata vincitrice dei Lotti nn. 4 e 5 di maggior valore.

A seguito della divulgazione, da parte della stampa, di notizie riguardanti l'adozione di una misura cautelare personale nei confronti dell'amministratore di -OMISSIS-, in data 4 giugno 2020, -OMISSIS-ha chiesto informazioni, chiarimenti e documenti utili alla società -OMISSIS-, al fine di poter svolgere le proprie valutazioni sulla vicenda, tenuto conto della disposta aggiudicazione in suo favore.

Con nota del 9 giugno 2020, -OMISSIS-ha segnalato alla stazione appaltante l'intervenuta cessazione della carica dell'amministratore delegato e la sospensione di un dirigente, con riorganizzazione nella compagine dell'organo di vertice aziendale e l'avvio di ogni ulteriore verifica sulle procedure interne, secondo il modello di organizzazione e di controllo ex d.lgs. n. 231/2001.

Con nota 3 novembre 2020, -OMISSIS-, nel segnalare a -OMISSIS-le misure cautelari personali di natura coercitiva a carico di alcune figure apicali di -OMISSIS-, sulla base di un'indagine condotta dalla Procura di Palermo, ha trasmesso copia del decreto dirigenziale 12 ottobre 2020, adottato nell'ambito

della gara regionale della Calabria, con cui la Stazione Unica Appaltante aveva annullato in autotutela l'aggiudicazione disposta in favore di -OMISSIS-(allora -OMISSIS-), ritenendo significativi i fatti oggetto delle indagini preliminari, in quanto connessi a presunti comportamenti corruttivi in gara pubblica e, dunque, indice di pericolo per l'affidamento del servizio.

Con nota del 4 novembre 2020 la stazione appaltante ha chiesto alla società -OMISSIS-di fornire aggiornamenti ed ulteriori chiarimenti sulla vicenda in questione; a tale richiesta -OMISSIS-ha dato riscontro in data 23 novembre 2020.

Con nota prot. -OMISSIS-, -OMISSIS-ha avviato il procedimento diretto ad accertare l'esistenza o meno di cause di esclusione nei confronti di -OMISSIS- con successiva nota prot. n. -OMISSIS-, -OMISSIS-ha chiesto di acquisire la documentazione attestante la fuoriuscita dalla compagine sociale dell'amministratore di -OMISSIS-, colpito dalla misura personale predetta.

La società -OMISSIS-ha riscontrato le richieste della stazione appaltante fornendo i necessari chiarimenti.

All'esito dell'interlocuzione e della valutazione compiuta, -OMISSIS-ha adottato il provvedimento in data 3 maggio 2021, oggetto di impugnazione, con il quale ha disposto l'archiviazione del procedimento, avviato nei confronti di -OMISSIS-, ora -OMISSIS-, ai fini della sua esclusione.

All'esito di tale procedimento, in data 30 agosto 2021, -OMISSIS-ha stipulato la convenzione con -OMISSIS-.

2. - Il provvedimento di archiviazione e tutti gli atti ad esso consequenziali, ivi compresa la convenzione stipulata il 30 agosto 2021, gli atti di adesione degli Enti sanitari da servire, i nulla osta di -OMISSIS-in favore degli stessi, gli eventuali contratti/ordini di fornitura degli enti sanitari da servire, in vista del subentro di -OMISSIS-pure richiesto nel ricorso di primo grado, sono stati impugnati dal -OMISSIS-con il ricorso principale di primo grado (seguiti da motivi aggiunti formulati con memoria notificata), con il quale sono state dedotte le seguenti censure:

I) *Violazione del principio di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione della lex specialis di gara. Violazione dell'art. 10, n. 3, lett. e), dello schema di convenzione costituente la documentazione di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 5, lett. c), e 6, d.lgs. n. 50/2016 (nel testo edito sulla G.U. 19/04/2016 n. 91, nonché nelle versioni successivamente modificate). Violazione del principio del giusto procedimento. Contraddittorietà dell'agire amministrativo;*

II) *Violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 5, lett. c) e 6, d.lgs. n. 50/2016 (nel testo edito sulla G.U. 19/04/2016 n. 91, nonché nelle versioni successivamente modificate). Eccesso di potere per contraddittorietà dell'agire amministrativo - travisamento dei fatti - carenza di istruttoria - irragionevolezza - motivazione apparente e perplessa. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della Legge n. 241/1990.*

III) *Violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 5 e 6, d.lgs. n. 50/2016 (nel testo edito sulla G.U. 19/04/2016 n. 91, nonché nelle versioni successivamente modificate). Eccesso di potere per contraddittorietà dell'agire amministrativo - travisamento dei fatti - carenza di istruttoria - motivazione apparente e perplessa. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della Legge n. 241/1990.*

IV) *Erronea rappresentazione in fatto. Difetto istruttorio. Violazione del principio di buon andamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 5 e 6, d.lgs. n. 50/2016 (nel testo edito sulla G.U. 19/04/2016 n. 91, nonché nelle versioni successivamente modificate). Violazione del principio di continuità dei requisiti di integrità e di affidabilità. Violazione della lex*

specialis di gara e in specie dell'art. 10, n. 3, lett. e), dello schema di convenzione. Ingiustizia manifesta.

3. - Si sono costituite l'Amministrazione resistente, la ASL Salerno e la controinteressata, preliminarmente eccependo la tardività del ricorso ed articolando, comunque, difese di merito.

4. - Con ricorso incidentale, notificato in data 10 dicembre 2021 e depositato il successivo 21 dicembre, -OMISSIS- ha censurato il medesimo provvedimento di archiviazione e gli altri atti della gara, nella parte in cui non disponevano l'esclusione della ricorrente principale, sulla base delle seguenti censure.

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 5^a lett. C e/o c-bis) del d.lgs. 50/2016.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 5^a lett. C) del codice nella versione applicabile ratione temporis (ora c-bis). Violazione del principio del clare loqui, di leale cooperazione e di buona fede e correttezza

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 5^a lett. C), ratione temporis applicabile, del codice.

IV. In via condizionata. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per sviamento della funzione tipica. Violazione dei principi di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa.

Le parti hanno depositato documenti e insistito nelle proprie difese ulteriormente articolandole con le memorie ex art. 73 c.p.a.

5. - Con ricorso notificato in data 3 maggio 2022 (e depositato in giudizio il successivo 6 maggio 2022), -OMISSIS- ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ex art. 41 c.p.a., chiedendo al TAR, ai sensi dell'art. 367, comma 1, c.p.c., di sospendere il giudizio, nelle more della trattazione del ricorso presso la Suprema Corte.

6. - Con la sentenza impugnata n. -OMISSIS- il TAR Campania ha così deciso:

- ha dichiarato il regolamento preventivo di giurisdizione proposto da - OMISSIS-manifestamente infondato e, quindi, non ha disposto la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 367, comma 1. c.p.c.;
- ha ritenuto fondata l'eccezione di tardività e ha, quindi, dichiarato irricevibile il ricorso di primo grado;
- ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

7. - Avverso tale decisione -OMISSIS-ha proposto appello con ricorso notificato il 15 luglio 2022 e depositato il 19 luglio 2022.

7.1 - Con l'unico motivo di appello, proposto avverso la sentenza n. - OMISSIS-, l'appellante ha censurato la decisione di irricevibilità emessa dal TAR; ha quindi riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, le censure proposte in primo grado (capi da 2 a 4 del ricorso introduttivo e della memoria notificata) assorbite dal TAR.

7.2 - Si sono costituite in giudizio -OMISSIS-e -OMISSIS-, rispettivamente in data 22 luglio 2022 e 5 settembre 2022; il 14 settembre 2022 -OMISSIS-ha notificato l'appello incidentale ed il 23 settembre 2022 lo ha depositato.

7.3 - Con tale appello -OMISSIS-ha dedotto le seguenti doglianze:

I) *Difetto di giurisdizione;*

II) *Tardività ed inammissibilità del ricorso principale di primo grado;*

III) *Inammissibilità delle domande formulate da -OMISSIS-con la memoria del 16 dicembre 2021;*

IV) *Inammissibilità del ricorso di -OMISSIS-per difetto di interesse ad agire;*

V) *Inammissibilità del gravame ai sensi dell'art. 120-bis c.p.a., ratione temporis applicabile;*

VI) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e/o c-bis del d.lgs. n. 50/2016;*

VII) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 lett. c), ora c-bis del codice nella versione applicabile ratione temporis. Violazione del principio del clare loqui, di leale collaborazione e di buona fede e correttezza;*

VIII) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) ratione temporis applicabile, del codice dei contratti pubblici;*

IX) *In via condizionata: Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies della L. 241/90. Eccesso di potere per sviamento della funzione tipica. Violazione dei principi di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa.*

7.4 - Le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive tesi.

8. - In data 24 ottobre 2022 -OMISSIS-ha proposto motivi aggiunti ai sensi dell'art. 104, comma 3. c.p.a.

8.1 - L'udienza pubblica, già fissata per il giorno 27 ottobre 2022, su concorde richiesta delle parti, è stata rinviata a data da destinare; con successivo decreto, l'udienza pubblica è stata fissata per il giorno 26 gennaio 2023.

8.2 - In data 13 gennaio 2023, -OMISSIS-ha proposto un secondo ricorso per motivi aggiunti.

8.3 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie difensive e di replica.

9. - All'udienza pubblica del 26 gennaio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

10. – L'unico motivo dell'appello principale, proposto avverso la sentenza che ha dichiarato irricevibile il ricorso di primo grado, va accolto e, per l'effetto, il ricorso di primo grado va dichiarato ammissibile; i motivi proposti in primo grado dalla ricorrente principale, riproposti nell'atto di appello principale, vanno invece respinti e, per l'effetto, il ricorso di primo grado va respinto e, quindi, la sentenza di primo grado va confermata con diversa motivazione; l'appello incidentale va respinto nella parte relativa alla richiesta di sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 367, comma 1, c.p.c., e per il resto va dichiarato improcedibile; i successivi ricorsi per motivi aggiunti, vanno dichiarati improcedibili.

11. - In ordine logico va innanzitutto scrutinato il primo motivo dell'appello incidentale, con il quale -OMISSIS-ha censurato l'omessa sospensione del

giudizio da parte del TAR, ai sensi dell'art. 367 c.p.c., in conseguenza della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione da parte della stessa -OMISSIS-.

È del tutto evidente, infatti, che un eventuale difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe assorbente di ogni altra questione, determinando l'accoglimento dell'appello incidentale con rimessione della causa al giudice ordinario; inoltre, la stessa appellante incidentale, da ultimo, evidenziando che la Corte di Cassazione ha fissato per il 27 marzo 2023 la trattazione del predetto regolamento di giurisdizione, è tornata in memoria a chiedere la sospensione del giudizio ex art. 367, comma 1, c.p.c., ovvero il rinvio della trattazione della causa (rinvio che non è stato concesso all'udienza pubblica del 26 gennaio 2023).

Ne consegue che il Collegio deve innanzitutto esaminare tale richiesta.

12. - Il TAR, come già rilevato, ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella sentenza di primo grado, il giudice di prime cure ha affermato che: *“tutte le domande, di annullamento, di accertamento e di conseguente condanna, formulate dalla ricorrente principale nel presente giudizio riguardano l'attività di natura pacificamente discrezionale con cui la p.a. è chiamata a dare applicazione al disposto dell'art. 80 co. 5^a lett. c) del d-lgs-50/2016 (di seguito anche solo “Codice”), riguardante l'esclusione dalla gara pubblica di quegli operatori che si siano resi responsabili di gravi illeciti professionali tali da metterne in dubbio l'integrità o l'affidabilità.*

-OMISSIS-, dunque, chiede a questo Tribunale amministrativo di annullare i provvedimenti impugnati, dichiarare illegittimo il comportamento asseritamente omissivo di -OMISSIS-, dichiarare inefficace la convenzione e gli ordini inoltrati ed accertare il suo diritto all'aggiudicazione della gara nonché condannare -OMISSIS- al risarcimento in suo favore ed all'adozione di “tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”.

Trattasi all'evidenza di domande che rientrano pacificamente nella giurisdizione amministrativa in forza del chiaro disposto di cui all'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a., dettato dal principio di concentrazione delle tutele (Cass. s.u. 31370/2018); il riferimento, ivi enunciato e per quanto qui d'interesse, alle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative, non può essere superato dall'ampiezza del potere discrezionale di cui gode l'Amministrazione nel concreto esercizio delle proprie prerogative.

La Corte costituzionale, nell'indicare le condizioni di legittimità della devoluzione della giurisdizione esclusiva al Giudice amministrativo, ha affermato che il Giudice amministrativo ha cognizione delle controversie in cui si faccia questione dell'esercizio di un potere pubblico autoritativo, indipendente dalla sua caratterizzazione in termini di vincolo o discrezionalità amministrativa (Corte cost. n. 204/2004).

Ciò è quanto si verifica nel caso di specie in cui è contestato il provvedimento con cui -OMISSIS- ha ritenuto che le vicende penali che riguardano alcuni ex esponenti della società controinteressata non fossero preclusive della partecipazione alla selezione della società a cui è poi stato aggiudicato l'appalto.

Peraltro, l'Amministrazione nell'avviare il procedimento concluso poi con la contestata archiviazione non ha inteso esercitare prerogative derivanti da specifiche clausole contrattuali ma valutare l'esercizio del potere di esclusione sulla base delle previsioni di cui all'art. 80 del codice dei contratti, in relazione quindi a poteri di tipo pubblicistico per i quali sussiste pacificamente la giurisdizione di questo giudice amministrativo.

Né il fatto che parte ricorrente abbia inteso sollecitare l'esercizio dei poteri di risoluzione contemplati dalla convenzione stipulata tra le parti vale ad alterare il meccanismo di riparto della giurisdizione, dovendosi avere riguardo al petitum sostanziale che si incentra, per l'appunto, nell'asserita carenza sopravvenuta dei requisiti di partecipazione”.

12.1 - Alle condivisibili conclusioni in tema di giurisdizione, rese dal giudice di primo grado, si può aggiungere che, quella proposta in primo grado da - OMISSIS-, è un'azione di annullamento avverso il provvedimento di archiviazione del procedimento, avviato per l'eventuale esclusione di - OMISSIS-dalla gara: tale atto, quindi, si colloca nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la successiva stipula del contratto di appalto.

Da ciò consegue che:

- a) la presente controversia non afferisce all'esecuzione dell'appalto, ontologicamente sottratta alla giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1, c.p.a., avendo a oggetto una attività di verifica della permanenza dei requisiti di affidabilità professionale in capo al r.t.i. aggiudicatario, da condurre dopo l'aggiudicazione e ai fini della sottoscrizione del contratto;
- b) l'art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 prevede, infatti, che *“Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5”*;
- c) la giurisprudenza più recente della Sezione (cfr. sentenze n. 7482/2021; n. 4688/2022) ha ritenuto che sussiste il dovere della stazione appaltante di verificare la permanenza dei requisiti, in presenza di fatti sopravvenuti, astrattamente idonei ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico che è risultato aggiudicatario;
- d) la verifica svolta dalla stazione appaltante sulla persistenza dei requisiti, eseguita d'ufficio o su sollecitazione di un altro operatore economico

interessato ad un ipotetico scorrimento, è espressione dell'esercizio di un potere amministrativo, che si innesta in connessione con la procedura di affidamento, il che comporta la riconducibilità della controversia alla predetta giurisdizione esclusiva;

e) correttamente l'appellante principale ha richiamato il principio relativo al possesso dei requisiti per tutta la durata della gara e fino alla sottoscrizione del contratto, nonché all'autonomia dell'attività di verifica dei requisiti medesimi e all'autonoma impugnabilità dei relativi esiti;

f) trattandosi di attività di verifica sfociata con il provvedimento di archiviazione del 3 maggio 2021, che si colloca, come già rilevato, dal punto di vista temporale, tra l'aggiudicazione, disposta con determinazione n. - OMISSIS-, e la stipula della convenzione avvenuta il 30 agosto 2021, l'esercizio del potere speso da -OMISSIS- rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

g) la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ha già precisato che le controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione, ma precedenti alla stipulazione del contratto, esulano dalla giurisdizione del giudice ordinario sotto cui ricadono le controversie relative all'esecuzione del rapporto (cfr. Cass. SS.UU., ord. 8 luglio 2015, n. 14188; 23 luglio 2013 n. 17858; 25 maggio 2018, n. 13191: tali decisioni si riferiscono a controversie relative alla mancata stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione, per le quali la suprema Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo; Cass. SS.UU. ord. 29 gennaio 2018, n. 2144 e 13 marzo 2020, n. 7219: tali ordinanze si riferiscono, invece, a controversie riguardanti l'adempimento di obbligazioni successive alla stipulazione del contratto nascenti dal contratto, per le quali è stata affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario);

h) in ogni caso, anche qualora volesse ritenersi l'estraneità della presente controversia all'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera e), n. 1, c.p.a.,

nondimeno sussisterebbe la giurisdizione amministrativa di legittimità: la controversia in questione, infatti, attiene all'esercizio di un potere autoritativo della stazione appaltante, avendo ad oggetto il diniego di esercizio, ovvero l'inadeguato esercizio, del potere di autotutela in merito all'ammissione di -OMISSIS-alla procedura, con i conseguenti effetti sull'aggiudicazione disposta nei suoi confronti, nei sensi sollecitati da altri concorrenti dopo la conclusione della gara.

12.2 - Ne discende che tutte le argomentazioni svolte dall'appellante incidentale, in ordine al fatto che con il proprio ricorso -OMISSIS-avrebbe chiesto al giudice di surrogarsi in valutazioni discrezionali riservate alla P.A., ovvero di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati etc., attengono al merito della causa e non al profilo della giurisdizione sull'azione proposta.

Le domande formulate, come già rilevato, hanno come *petitum* l'annullamento di provvedimenti amministrativi e la declaratoria di inefficacia della convenzione stipulata tra -OMISSIS-e -OMISSIS-, oltre che dei successivi ordinativi di fornitura, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

12.3 - Ne consegue che non sussistono i presupposti per disporre la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 367, comma 1, c.p.c., in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

13. - Va ora esaminato l'unico motivo di appello principale, proposto da -OMISSIS-avverso la sentenza del TAR Campania, che ha dichiarato irricevibile il suo ricorso di primo grado; le ulteriori doglianze, infatti, costituiscono la riproposizione dei motivi dedotti in primo grado, ed assorbiti dal TAR, a seguito della decisione di irricevibilità del ricorso introduttivo.

13.1 - Nella sentenza impugnata il TAR ha innanzitutto rilevato che il provvedimento di archiviazione, oggetto di impugnazione, è stato adottato il 3 maggio 2021; il ricorso è stato notificato il 12 novembre 2021, ben oltre il termine di 30 giorni previsto nel rito degli appalti.

Nondimeno, però, tali dati cronologici non sono automaticamente significativi, in quanto la declaratoria di irricevibilità del ricorso presuppone la prova della “*piena conoscenza*” del provvedimento di archiviazione, adottato il 3 maggio 2021, in un momento anteriore al termine di sessanta giorni dalla notifica del ricorso, effettuata il 12 novembre 2021.

Sul concetto di “piena conoscenza” la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che “*Ai fini della declaratoria di irricevibilità del ricorso, la prova della piena conoscenza dell’atto impugnato in un momento precedente grava sulla parte che solleva la relativa eccezione e deve essere valutata in modo rigoroso, non essendo sufficiente la mera verosimiglianza della conoscenza stessa*” (cfr., tra le ultime, Cons. giust. amm. Sicilia, 22 marzo 2022, n. 356; Cons. Stato, Sez. II, 2 febbraio 2022, n. 721).

13.2 - A dimostrazione della tempestività del ricorso, l’appellante principale - OMISSIS-ha dedotto che la piena conoscenza dell’atto impugnato sarebbe stata acquisita a seguito della proposizione dell’istanza di accesso agli atti del procedimento di verifica dei requisiti in capo all’aggiudicataria -OMISSIS-: tale istanza sarebbe stata presentata il 10 settembre 2021, a seguito della avvenuta conoscenza della avvenuta stipulazione della convenzione con - OMISSIS-, in data 30 agosto 2021.

Ha quindi aggiunto che gli atti sarebbero stati resi disponibili il 13 ottobre 2013, e sarebbero stati effettivamente ostesi il 18 ottobre 2021: da quella data, quindi, sarebbe iniziato a decorrere il termine di trenta giorni per l’impugnazione, effettuata il 12 novembre 2021, con la conseguenza che il ricorso di primo grado sarebbe tempestivo.

13.3 - Secondo il TAR, invece, la ricorrente avrebbe avuto piena conoscenza dell’archiviazione in data anteriore: ha sostenuto che la mandante del raggruppamento ricorrente, sottoposta al suo controllo, avesse contezza delle misure cautelari adottate nei confronti degli esponenti della controinteressata già da tempo, per aver formulato in data 9 novembre 2020 un’istanza di

accesso agli atti, con cui invitava la stazione appaltante ad esercitare i poteri di autotutela, disponendo l'esclusione della aggiudicataria.

Il rapporto esistente tra le due società avrebbe reso più che verosimile uno scambio di informazioni di comune interesse; peraltro, dalla stessa istanza di accesso, poteva evincersi che -OMISSIS- fosse a conoscenza della vicenda penale che aveva interessato l'aggiudicataria.

-OMISSIS-, pertanto, secondo il TAR, avrebbe potuto proporre l'istanza di accesso molto prima del 10 settembre 2021.

Il TAR ha, quindi, aggiunto che: *“Nel caso di specie l'istanza di accesso è stata proposta ad oltre 4 mesi (10 settembre 2021) dall'adozione del provvedimento lesivo (l'archiviazione del procedimento di esclusione (del 3 maggio 2021) e nonostante parte ricorrente fosse già a conoscenza delle ragioni che, a suo dire, avrebbero giustificato l'esclusione della controinteressata e della probabile pendenza di un procedimento di esclusione, per averne stimolato l'avvio mediante la nota del 9 novembre 2020 di --OMISSIS- (che era parte del RTI partecipante alla gara e a cui, come detto, la stessa -OMISSIS- ha fatto riferimento nella predetta istanza di accesso”.*

Ha poi rilevato che *“anche a prescindere da tali circostanze, gli articoli di stampa allegati al ricorso indicano la data del 6 agosto, sicché la ricorrente -OMISSIS- ha comunque atteso oltre un mese prima di proporre l'istanza di accesso agli atti del procedimento di esclusione”.*

13.4 – Ha, quindi, richiamato il principio espresso dalla giurisprudenza, secondo cui la tempestività del ricorso deve essere valutata anche con riguardo alla proposizione dell'istanza di accesso, nei casi in cui i documenti non siano oggetto di comunicazione da parte della stazione appaltante, con la conseguenza che *“più tempestiva è l'istanza di accesso che il concorrente presenti una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale; quel che non può consentirsi è che il concorrente possa, rinviando nel tempo l'istanza di accesso*

agli atti di gara, posticipare a suo gradimento il termine ultimo per l'impugnazione dell'aggiudicazione” (Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2021, n. 3127).

14. - La tesi del TAR non risulta convincente.

È stato prima richiamato il costante orientamento della giurisprudenza in merito alla prova della piena conoscenza: è opportuno ribadire che questa non può fondarsi su mere supposizioni o illazioni, e comunque, la piena conoscenza deve riguardare il provvedimento impugnato, e non gli atti relativi all'avvio del procedimento.

Nel caso di specie la prova certa della piena conoscenza del provvedimento impugnato non è stata fornita.

14.1 - Il primo giudice ha ritenuto di desumere la prova della piena conoscenza dalla consapevolezza delle vicende penali che avevano coinvolto -OMISSIS-, nonché delle misure cautelari adottate nei confronti di alcuni suoi esponenti, per essere stata la stessa -OMISSIS-a segnalarle già fin dal 9 novembre 2020, sollecitando l'Amministrazione ad attivarsi in autotutela.

Da tale conoscenza non può inferirsi, però, in via automatica, anche la conoscenza (o meglio, la presunzione di conoscenza) del provvedimento di archiviazione, né tanto meno da ciò può derivare un onere di acquisire tempestivamente contezza delle successive determinazioni della stazione appaltante: per vero, il fatto che si sia sollecitato alla p.a. l'avvio di un procedimento di autotutela, non comporta che si abbia o si debba avere anche contezza del se e quando un procedimento di autotutela sia stato effettivamente avviato (peraltro, è la stessa -OMISSIS-a rimarcare, nel sesto motivo del proprio appello incidentale, che l'atto di avvio del procedimento di autotutela sarebbe stato riservato, contestandone alla mandante dal r.t.i. -OMISSIS-l'acquisizione abusiva).

In definitiva, se è pacifico che -OMISSIS-non aveva comunicato a -OMISSIS-l'avvio del procedimento, poi concluso che l'archiviazione, oggetto dell'impugnazione di primo grado, *a fortiori* non può ritenersi che -

OMISSIS-dovesse avere contezza del provvedimento conclusivo di tale procedimento, né è possibile muoverle alcun rimprovero di scarsa diligenza per non averne preso conoscenza: si consideri, peraltro, che il tutto si è svolto in un contesto post-aggiudicazione connotato da tempi estremamente “dilatati”, sicché anche il decorso di un lungo lasso di tempo dopo la segnalazione non poteva essere significativo per -OMISSIS-, a meno di non voler ritenere – come assume l’appellante principale – che sulla stessa incombesse l’onere di reiterare periodiche istanze di accesso al fine di apprendere se, quando e in che modo, l’Amministrazione si fosse determinata sulla sua sollecitazione.

14.2 - Di conseguenza, in difetto di prova univoca di piena conoscenza in un momento diverso, deve ritenersi che -OMISSIS-abbia avuto contezza dell’infruttuosità della propria segnalazione solo quando ha appreso della stipula della convenzione tra -OMISSIS-e -OMISSIS-, che a sua volta, l’Amministrazione non le aveva comunicato, attivandosi poi tempestivamente con apposita istanza di accesso – rispetto alla quale la successiva impugnazione è tempestiva – per conoscere le determinazioni della stazione appaltante e le relative motivazioni.

14.3 - A riprova di ciò, vi è la considerazione che, se -OMISSIS-avesse proposto ricorso in un qualsiasi momento anteriore (e, quindi, “al buio”), per un verso avrebbe dovuto censurare provvedimenti di estremi e contenuto ignoti, ovvero l’inerzia dell’Amministrazione a fronte della sua segnalazione, e per altro verso si sarebbe esposta all’eccezione di inammissibilità per violazione dell’articolo 34, comma 2, c.p.a., avendo in sostanza chiesto al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

14.4 - Ne consegue la fondatezza della censura proposta dall’appellante principale, da cui consegue la declaratoria di ammissibilità del ricorso principale di primo grado.

15. - Ne consegue che devono essere scrutinati i motivi di primo grado, riproposti nell’appello principale, con la seconda, terza e quarta doglianza.

16. - Per la disamina del secondo motivo dell'appello principale, con il quale è stata censurata la motivazione del provvedimento di archiviazione, è necessario richiamare i presupposti sui quali si fonda detto provvedimento, che possono così riassumersi:

- la pendenza di un procedimento penale e l'adozione di una misura cautelare personale nei confronti dei vertici aziendali non ricadono tra le fattispecie esemplificativamente previste dalla norma (art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, nella versione *ratione temporis* applicabile, quale sintomo di grave illecito professionale;

- le Linee Guida ANAC n. 6 non contemplano le circostanze contestate agli ex vertici aziendali tra quelle elencate ai fini dell'esclusione per grave errore professionale; stabiliscono, però, che è rimessa alle valutazioni delle stazioni appaltanti la rilevanza di situazioni, anche non espressamente individuate dalle Linee Guida, ai fini della riconducibilità oggettiva delle stesse alla fattispecie indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, sempre che ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, quali l'accertamento della responsabilità, con provvedimento esecutivo, nel caso di specie non intervenuto, o quanto meno non noto alla stazione appaltante, alla luce della interlocuzione intercorsa con l'operatore economico;

- la sola pendenza del procedimento penale e l'adozione di una ordinanza di custodia cautelare, per quanto riferita a reati suscettibili di determinare particolare allarme sociale nel settore delle commesse pubbliche, non appaiono, allo stato, mezzo adeguato per consentire alla stazione appaltante di esprimere, senza margini di incertezza e nel rispetto del principio di proporzionalità, una prognosi circa l'inaffidabilità dell'operatore economico, non spettando alla stazione appaltante sostituirsi all'autorità giudiziaria nell'apprezzamento dei fatti aventi rilevanza penale;

- lo stato embrionale degli accertamenti in corso non consente alla stazione appaltante di potersi esprimere, come previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c),

citato, in termini di colpevolezza dell'operatore economico rispetto alla commissione di gravi illeciti professionali;

- la giurisprudenza non ha ritenuto sufficienti, da soli, neppure i rinvii a giudizio;

- la vicenda penale è sopraggiunta alla conclusione delle operazioni di gara, e l'operatore economico ha posto in essere una serie di misure rimediali di carattere organizzativo, consistenti nella rimozione, dopo aver acquisito notizia delle indagini penali, dell'amministratore delegato e del dirigente coinvolti, nonché di iniziative volte all'aggiornamento del modello di cui al d.lgs. n. 231/2001, cui nel complesso può attribuirsi rilevanza quali misure di *self cleaning*, avendo riguardo a eventi sopravvenuti alla conclusione delle operazioni di gara;

- tali misure – nonostante l'effetto *pro futuro* – sono applicabili al caso di specie, perché i fatti penalmente rilevanti sono avvenuti dopo l'ammissione alla gara e dopo le verifiche ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, e dunque, non si tratta di presupposti che attengono alla partecipazione alla gara.

16.1 - Dalla disamina della motivazione sopra riassunta, può desumersi, quindi, che il provvedimento di archiviazione si fonda – sostanzialmente – su due argomentazioni:

- l'insussistenza di elementi certi, a giudizio della stazione appaltante, dai quali desumere con ragionevole sicurezza, l'inaffidabilità e l'assenza di integrità di - OMISSIS-, ai fini della specifica procedura di gara;

- il ravvedimento operoso della stessa società -OMISSIS-, che ha prontamente allontanato i dirigenti in questione e si è attivata per aggiornare il modello organizzativo della società, in modo da prevenire il rischio della verifica di ulteriori vicende come quella occorsa in Sicilia, fornendo, quindi, idonea garanzia sulla sua integrità ed affidabilità nell'esecuzione dello specifico appalto.

16.2 - Tale motivazione è stata censurata dall'appellante, con il secondo motivo riproposto, sotto diversi profili:

- a) per omessa considerazione dell'art. 10, n. 3 dello schema di convenzione allegato agli atti di gara, che ha previsto la risoluzione di diritto della medesima convenzione in presenza di vicende penali riguardanti figure chiave all'interno dell'operatore economico concorrente;
- b) per omessa applicazione della clausola aperta, contenuta nell'art. 80 cit., che consente alla stazione appaltante di escludere il concorrente, ove dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; al riguardo l'appellante ha sostenuto che la stazione appaltante si sarebbe astenuta dallo svolgere una propria valutazione in proposito, trincerandosi dietro alla insostituibilità del giudice penale quanto all'apprezzamento dei fatti;
- c) per aver dato rilievo alle misure di *self cleaning*, in contrasto con quanto ritenuto nelle Linee Guida n. 6 e dalla giurisprudenza, tenuto conto della loro efficacia *pro futuro*;
- d) per aver ritenuto tale misure adeguate, senza i necessari approfondimenti istruttori, essendosi limitata la stazione appaltante a richiamare la riorganizzazione del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001;
- e) per non aver rilevato l'omissione dichiarativa da parte dell'aggiudicataria, che avrebbe comportato l'obbligo di valutazione delle misure di *self cleaning* con particolare rigore.

17. - Tali censure non possono essere condivise.

Per quanto concerne la censura *sub a)* relativa alla violazione dell'articolo 10, comma 3, lettera e), dello schema di convenzione (trasfuso nell'articolo 10, comma 3, lettera e), della convenzione, stipulata dalle parti il 30 agosto 2021), la doglianza va respinta, tenuto conto della non pertinenza della disposizione in questione, la quale attiene non già alla partecipazione alla gara bensì al

successivo rapporto contrattuale (e, difatti, in essa si parla non di esclusione ma di “*risoluzione*” della convenzione).

17.1 - Per quanto concerne, invece, i successivi profili di doglianza che attengono alla motivazione del provvedimento di archiviazione, in special modo nella parte relativa alla rilevanza delle misure di *self cleaning* assunte durante il procedimento di gara, è opportuno rilevare che tale problematica è stata già affrontata da questa Sezione nella sentenza n. 9782 del 2022, in relazione alla mancata esclusione di -OMISSIS-dalla gara bandita dalla centrale di committenza della Regione Lombardia (-OMISSIS-), in relazione ai medesimi fatti di rilevanza penale dedotti anche nel presente giudizio.

17.2 - Va innanzitutto premesso che, secondo la giurisprudenza, nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all’esclusione del concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall’operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l’Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362; id 8 gennaio 2021, n. 307; id. 13 maggio 2021, n. 3772).

17.3 - In altre parole, la valutazione “in astratto” dell’affidabilità ed integrità dell’operatore economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata “in concreto”, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di *self cleaning* nel frattempo assunte dall’operatore economico, come ritenuto da questa Sezione nella citata sentenza n. 9782 del 2022.

Questa Sezione ha così statuito: “*va anzitutto osservato che questo Collegio ben conosce, e condivide, il consolidato principio giurisprudenziale in forza del quale le misure di self cleaning, adottate in presenza di un fatto*

suscettibile di rilevare quale grave illecito professionale, hanno efficacia pro futuro: non foss'altro perché il principio dell'irretroattività ha un fondamento logico, prima che giuridico.

Esso va tuttavia applicato criticamente, con riferimento alle specifiche peculiarità del caso di specie: onde non incorrere in un fenomeno di eterogenesi dei fini dell'istituto di riferimento.

Il quale ha una finalità conservativa, e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato.

In questo senso, nel solco della consolidata giurisprudenza formatasi sul punto, la recente sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato n. 4362/2022 ha precisato – specificando il (e non derogando al) richiamato indirizzo - che i numerosissimi precedenti (quali quelli invocati da - OMISSIS-negli scritti difensivi) che contribuiscono a comporre tale filone giurisprudenziale “non vanno intesi nel senso che, valendo le misure di self cleaning per il futuro, esse sono del tutto prive di significato nell'ambito della gara iniziata prima della loro adozione, ma piuttosto che il giudizio di “sufficienza” delle misure adottate di cui è detto nella disposizione del Codice dei contratti pubblici consente da solo di prevenire l'esclusione dell'operatore economico quando l'emenda era già intervenuta prima della presentazione delle offerte. Tuttavia, l'adozione delle misure medesime in corso di procedura non è affatto un evento la cui valutazione sia preclusa alla stazione appaltante tamquam non esset. All'opposto, rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di self cleaning adottate in corso di procedura e di valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell'intervento riparatore) a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi”.

È opportuno sottolineare, infatti, che pur in presenza di cause di esclusione obbligatorie, l'art. 80 comma 7, del codice dei contratti consente all'operatore

economico di provare di *“aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

Tale interpretazione è conforme alla *ratio* dell'istituto del ravvedimento operoso, di cui all'art. 80, comma 7, del codice dei contratti, che ha *“finalità conservativa e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato”* (cfr. sentenza n. 9782/2022); l'interpretazione contraria, darebbe origine ad *“un fenomeno di eterogenesi dei fini dell'istituto”* (cfr. sentenza sopra citata).

17.4 - Tale interpretazione risulta, peraltro, conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

La giurisprudenza nazionale più recente (cfr. CGA, 13 luglio 2022, n. 829), facendo applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere *“in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione”* cfr. § 29 della sentenza).

18. - L'art. 57, comma 6, della Direttiva 24/2014/UE prevede, infatti, che *“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

18.1 - Il considerando 102 della suddetta direttiva prevede poi che «(...) è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato».

18.2 - L'art. 80, comma 7, del Codice prevede che “Un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”.

18.3 - Il comma 8 della suddetta disposizione dispone che *“Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l’operatore economico non è escluso dalla procedura d’appalto; viceversa dell’esclusione viene data motivata comunicazione all’operatore economico”*: pertanto, il legislatore nazionale ha rimesso alla stazione appaltante la valutazione discrezionale sulle misure di cui al comma 7.

19. - La Corte di Giustizia, con la sentenza C-387/19 del 14 gennaio 2021, si è pronunciata sull’interpretazione dell’art. 57, comma 6, della direttiva 2014/24, ritenendolo *“immediatamente applicabile”*.

Per migliore comprensione della questione vengono richiamati alcuni punti della motivazione della predetta decisione:

“26. A tal riguardo, in primo luogo, occorre ricordare che, in forza dell’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, un operatore economico che sia interessato, in particolare, da uno dei motivi di esclusione facoltativi di cui all’articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, fermo restando che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d’appalto per un siffatto motivo. Tale disposizione introduce, dunque, un meccanismo di provvedimenti di ravvedimento operoso (self-cleaning) conferendo al riguardo un diritto agli operatori economici che gli Stati membri devono garantire al momento della trasposizione di tale direttiva, nel rispetto delle condizioni stabilite da quest’ultima [v., per analogia, per quanto riguarda l’articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), che è equivalente all’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, sentenza dell’11 giugno 2020, Vert Marine, C472/19, EU:C:2020:468, punti 16 e 17]”.

La Corte ha poi precisato che (§ 27) *“né il tenore letterale dell’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 né il considerando 102 di tale direttiva*

precisano in che modo o in quale fase della procedura d'appalto possa essere fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso.

28. In tali circostanze, si deve constatare che, alla luce del solo tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, la possibilità lasciata agli operatori economici di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati può essere esercitata su iniziativa di questi ultimi o su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, così come può essere esercitata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta o in una fase successiva della procedura.

29. Tale interpretazione è suffragata dall'obiettivo perseguito dall'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. Infatti, prevedendo che un operatore economico debba fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, tale disposizione mira a sottolineare l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico nonché a garantire una valutazione obiettiva degli operatori economici e ad assicurare una concorrenza effettiva (v., per analogia, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C472/19, EU:C:2020:468, punto 22). Orbene, tale obiettivo può essere raggiunto qualora sia fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione, essendo essenziale che l'operatore economico abbia la possibilità di far valere e far esaminare i provvedimenti che, a suo avviso, consentono di rimediare a un motivo di esclusione che lo riguarda.

30. Orbene, nell'ambito del margine di discrezionalità di cui dispongono nella determinazione delle modalità procedurali di cui all'articolo 57, paragrafo 6, di detta direttiva (v., per analogia, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C472/19, EU:C:2020:468, punto 23), gli Stati membri possono prevedere che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso debba essere fornita spontaneamente dall'operatore economico interessato al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della

sua offerta, così come essi possono anche prevedere che tale prova possa essere fornita dopo che detto operatore economico sia stato formalmente invitato a farlo dall'amministrazione aggiudicatrice in una fase successiva della procedura. [...].

33. Dall'interpretazione letterale, teleologica e sistematica dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, quale risulta dai punti da 27 a 30 della presente sentenza, emerge che tale disposizione non osta né a che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso sia fornita dall'operatore economico interessato di propria iniziativa o su espressa richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice né a che essa lo sia al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta o in una fase successiva della procedura d'appalto.

34. In secondo luogo, occorre precisare che, come risulta dall'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri sono tenuti, quando stabiliscono le condizioni di applicazione di tale articolo 57, a rispettare il diritto dell'Unione. In particolare, essi devono osservare non solo i principi per l'aggiudicazione degli appalti enunciati all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, ma anche il principio del rispetto dei diritti della difesa, il quale, in quanto principio fondamentale del diritto dell'Unione, di cui il diritto di essere ascoltato in qualsiasi procedimento costituisce parte integrante, trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, come una decisione di esclusione adottata nell'ambito di una procedura d'appalto (sentenza del 20 dicembre 2017, Prequ' Italia, C276/16, EU:C:2017:1010, punti 45 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata)".

20. - Ritene il Collegio che dalla suddetta sentenza n. 9782 del 2022 si evinca il principio, già affermato da questo Consiglio di Stato nelle decisioni prima richiamate, secondo cui la direttiva 24/2014/UE non impedisce la valutazione

delle misure di *self cleaning* assunte in corso di gara, relative a fatti insorti dopo la presentazione dell'offerta, come nel caso di specie.

Del resto, tali principi si rinvencono anche in altre decisioni, come quella assunta dal C.G.A.R.S in data 2 gennaio 2022, n. 32, con la quale è stata ritenuta illegittima la decisione del TAR per non aver riconosciuto all'operatore economico, in violazione dei principi di proporzionalità e non discriminazione, di poter usufruire, anche nell'interesse della stazione appaltante, di quelle misure riparatorie o di *self cleaning*, di cui al paragrafo sesto dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE.

21. - Va anche sottolineato che la decisione assunta da questa Sezione con la citata sentenza n. 9782 del 2022 si pone in linea con i principi costantemente espressi dalla Corte di Giustizia UE (cfr. *ex plurimis*, sentenze del 3 giugno 2021, causa C 210/20, e del 30 gennaio 2020, causa C 395/18), secondo cui deve ritenersi incompatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che consenta l'esclusione automatica dell'operatore economico dalla gara, precludendo, da un lato a quest'ultimo di poter dedurre in merito e, dall'altro, all'amministrazione procedente di valutare discrezionalmente gli elementi della fattispecie.

Del resto tale principio viene riaffermato, implicitamente, anche nella sentenza del 14 gennaio 2021, causa C- 387/19, al paragrafo 34; tale principio è stato condiviso anche dall'Adunanza Plenaria n. 16/2020.

22. - Ne consegue che la tesi della inapplicabilità delle misure di *self cleaning* alle gare in corso, di origine pretoria, in quanto non prevista né nella direttiva appalti, e neppure nel codice dei contratti, costituente una mera "prassi", che preclude alle stazioni appaltanti di valutare il contenuto e l'idoneità delle misure di ravvedimento operoso assunte dagli operatori al fine di eliminare qualsiasi dubbio sulla propria affidabilità ed integrità, ingenerato da vicende penali pregresse, non può essere condivisa per le ragioni sopra esposte. Ciò riguarda sia i casi in cui le vicende penali e le conseguenti misure di *self cleaning* si riferiscano al periodo intercorrente tra la data di presentazione

dell'offerta e quella di aggiudicazione (come nel caso relativo alla gara bandita da -OMISSIS-, esaminato nella citata sentenza n. 9782/2022), sia i casi in cui tali circostanze siano intervenute nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione della convenzione (come nella fattispecie).

A quest'ultimo proposito, è opportuno precisare che il provvedimento di archiviazione impugnato, al di là del *nomen juris* con il quale è stato denominato dalla stazione appaltante, costituisce un atto di conferma implicita del provvedimento di aggiudicazione in favore di -OMISSIS-: tale determinazione, infatti, è stata adottata alla stazione appaltante a seguito dello svolgimento di un'istruttoria, diretta a verificare se sussistessero i presupposti per disporre la revoca dell'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, in quanto ritenuta meritevole di esclusione dalla procedura di gara per grave errore professionale.

23. - La stazione appaltante, nell'esercizio del potere di autotutela, ha valutato l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, ed ha, quindi, adottato il provvedimento di archiviazione del procedimento di esclusione che costituisce, quindi, un provvedimento implicito di conferma della precedente aggiudicazione.

Può aggiungersi, condividendosi sul punto la posizione dell'appellante principale, che nella specie trattasi di esercizio doveroso del potere di autotutela in riscontro alla segnalazione di altro concorrente che aveva segnalato l'emergere in capo all'aggiudicataria di circostanze potenzialmente ostative, stante il già richiamato principio del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la procedura di gara.

24. - Tenuto conto di tale natura, risultano applicabili i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 14 gennaio 2021 nella causa C-387/19, anche laddove fanno espresso riferimento all'intervallo di tempo intercorso tra la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione.

25. - Da ultimo, va rilevato che anche lo schema del nuovo codice dei contratti riconosce l'operatività delle misure di *self cleaning* anche per le gare

in corso.

Nella relazione di accompagnamento al codice è stato precisato che “*I commi da 2 a 6 [dell’art. 96 n.d.r.] prevedono la ‘nuova’ versione allargata del self cleaning aderente alla direttiva 24/2014/UE [...] Alla luce della modifica introdotta, il self cleaning può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione delle offerte*”; tale disposizione – nella bozza definitiva – prevede infatti all’art. 96, comma 6, che “*Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all’articolo 94, a eccezione del comma 6, e all’articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d’appalto*”.

26. - In definitiva, ritiene il Collegio che la prassi contraria, secondo cui le misure di *self cleaning* non sarebbero applicabili ai procedimenti di gara ancora pendenti, si pone in contrasto con i principi del diritto unionale relativi al diritto al contraddittorio, al principio di proporzionalità e del *favor participationis* e, quindi, al principio di concorrenza.

Ne consegue che, correttamente, nel caso di specie, la stazione appaltante ha valutato le misure di ravvedimento operoso assunte da -OMISSIS-, dopo aver avuto cognizione del procedimento penale a carico dell’amministratore della società e di un suo dirigente.

27. - Quanto ai profili di merito della determinazione di archiviazione, anch’essi censurati nell’atto di appello principale, è opportuno ricordare che la valutazione circa la ricorrenza delle cause facoltative di esclusione dalle gare pubbliche, ivi compresa quella prevista dall’art. 80, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, rientra nell’ambito della ampia discrezionalità della P.A. ed è sindacabile solo in caso di manifesta pretestuosità e ai soli fini di un eventuale riesame da parte della stessa P.A. (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, A.P. n. 16/2020; Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8864; Cons. Stato, Sez. III,

10 febbraio 2021, n. 1248; id. n. 505/2021; Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 5967).

Il giudice amministrativo si deve limitare a valutare *ab externo* la non manifesta pretestuosità della motivazione addotta dalla stazione appaltante, in ordine alla mancata ricorrenza delle ipotesi previsti dal codice degli appalti per disporre l'esclusione facoltativa; occorre ribadire, infatti, che *“la valutazione della presenza di circostanze idonee a ingenerare il dubbio che, al di là delle cause tipiche di esclusione, il concorrente sia reso responsabile di un grave illecito professionale, è rimessa alla valutazione dell'Amministrazione e la ricorrenza di indagini penali non necessariamente comporta la necessità di dover dare rilievo alla vicenda nei termini di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016”* (CGARS n. 32/2022).

28. - Tenuto conto dei limiti di sindacabilità del giudice amministrativo in questa materia, la valutazione resa da -OMISSIS-resiste alle censure proposte. Occorre tener conto che, nella fattispecie, la gara si era conclusa nel 2019 con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione; il procedimento di riesame si è svolto in pendenza del giudizio penale: nella fase di avvio del procedimento e della relativa istruttoria, l'Amministrazione non disponeva di un giudicato penale o quantomeno di una sentenza non definitiva, né disponeva di “mezzi” di prova altrettanto adeguati all'accertamento dei fatti storici, a prescindere dalla rilevanza e dalle conseguenze penali degli stessi.

Del resto, come rilevato anche nella sentenza n. 9782/2022, *“le vicende penali rilevanti consistevano, almeno al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, in provvedimenti adottati nell'ambito della fase delle indagini preliminari; e, per altro verso, sulla idoneità delle successive misure di self cleaning si era già pronunciata, in senso favorevole, l'A.N.A.C.”*.

Come ritenuto dalla giurisprudenza in una vicenda simile (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362) la circostanza che non fosse stata pronunciata alcuna sentenza di condanna, doveva ritenersi dirimente nella

valutazione della stazione appaltante; l'incertezza conseguente alla mancata definizione del processo penale, unitamente alle misure assunte dalla società aggiudicataria, dimostrative della volontà di rompere ogni legame con la vecchia "dirigenza" e provvedendo anche alla riorganizzazione aziendale in modo da escludere il rischio di reiterazione di vicende come quelle pregresse, hanno indotto la stazione appaltante a ritenere fugati i dubbi sulla integrità e sull'affidamento della società aggiudicataria.

29. - Possono quindi applicarsi anche in questo caso i principi espressi dalla Sezione nella sentenza n. 9782/2022, secondo cui *"la stazione appaltante nella vicenda ha fatto buon governo dello strumento conservativo prenegoziale, conforme ai relativi parametri normativi e garante della duplice esigenza di stipulare con un operatore economico affidabile, e di stipulare alle migliori condizioni (quali risultanti dall'esito della gara): in tale, complessa valutazione compendiandosi la dialettica che l'amministrazione è tenuta a considerare in simili fattispecie, a tutela di entrambi i descritti interessi che vengono in considerazione nella sfera del committente pubblico"*.

Ne consegue che la motivazione del provvedimento di archiviazione, e quindi di conferma dell'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, tenuto conto dell'ampia discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante nelle proprie valutazioni di merito, non risulta affetta dai vizi macroscopici ritenuti necessari dalla giurisprudenza per poterne disporre l'annullamento: non sussiste, infatti, la palese pretestuosità delle ragioni assunte a sostegno della determinazione del 3 maggio 2021; l'atto è stato adottato in seguito ad un'adeguata e tempestiva istruttoria (tenuto conto della approfondita interlocuzione intervenuta con -OMISSIS-, alla quale si è fatto cenno nella parte in fatto).

30. - Altrettanto infondata è la prospettazione dell'appellante principale diretta a sostenere che -OMISSIS-avesse violato gli obblighi informativi: dalla disamina del provvedimento del RUP si evince che vi è stata piena

collaborazione da parte dell'aggiudicataria nel fornire tutte le dovute informazioni alla stazione appaltante in merito alla vicenda penale che aveva interessato l'amministratore ed un dirigente della società. Non vi è stato, dunque, alcun comportamento reticente e omertoso da parte dell'aggiudicataria, in violazione del protocollo di legalità accettato al momento della partecipazione alla gara.

31. - Con il quarto motivo l'appellante ha lamentato la mancata valutazione, da parte della stazione appaltante, della sentenza di condanna emessa dal Tribunale penale nei confronti dell'ex amministratore di Tecnologie Sanitarie (ora -OMISSIS-), e del dirigente di tale società, intervenuta prima della stipulazione della convenzione con l'aggiudicataria -OMISSIS-e senza rilasciare preventivamente il nulla osta alla stipulazione degli ordinativi di fornitura.

Tale doglianza non può essere condivisa.

32. – Occorre rilevare che la condotta omissiva tenuta dalla stazione appaltante - sulla quale si appuntano le doglianze di -OMISSIS— risulta giustificata in relazione alle particolari circostanze di fatto che connotano la fattispecie in esame. Sebbene possa ritenersi, in via generale, che sussista l'obbligo per la stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti in tutte le fasi della procedura (in base al principio di continuità del possesso dei requisiti), nondimeno, occorre considerare che, nel caso di specie, la stazione appaltante si era già pronunciata sulla vicenda penale che aveva interessato l'ex amministratore e l'ex dirigente della società TS, ed aveva ritenuto che non fosse necessario disporre l'esclusione di tale società dalla gara, tanto da aver provveduto ad archiviare il procedimento, confermando, implicitamente, l'aggiudicazione in suo favore.

33. - È opportuno ribadire, infatti, che il provvedimento di archiviazione si fondava su due presupposti, ciascuno dei quali in grado di sostenere autonomamente tale provvedimento: l'uno attinente alla vicenda penale, che all'epoca dell'adozione del provvedimento di archiviazione, era ferma alla fase

delle indagini preliminari; l'altro, relativo alla valutazione, in concreto, dell'affidabilità e dell'integrità della società, alla luce degli interventi di *self cleaning* adottati, diretti a neutralizzare il rischio del ripetersi di vicende analoghe a quelle avvenute in Sicilia.

Ora, se in base al primo presupposto sarebbe ragionevole ipotizzare un obbligo di riesame della precedente valutazione, essendo mutate le condizioni prese in considerazione al momento dell'archiviazione (essendo nel frattempo intervenuta la sentenza di condanna in primo grado), in base al secondo presupposto l'avvenuta condanna si configura come un elemento neutro, considerato che non attiene alla attuale configurazione ed organizzazione della società che dovrà eseguire la prestazione.

Nell'ottica dell'attuale organizzazione e gestione di -OMISSIS-, l'esito del procedimento penale nei confronti dell'ex amministratore e dell'ex dirigente non assumeva alcuna rilevanza, in quanto ciò che assumeva valore per la stazione appaltante era la situazione attuale della società dopo l'introduzione delle misure correttive, valutate positivamente pure dall'ANAC.

-OMISSIS-, va ribadito, aveva assegnato una particolare rilevanza alle misure di *self cleaning* adottate dalla aggiudicataria, tanto da ritenere che, dal punto di vista dell'affidabilità e dell'integrità della società, tali vicende dovevano ritenersi riferibili alla "vecchia gestione" della società, con la quale, ormai, i rapporti erano stati recisi totalmente; aveva quindi ritenuto che essendosi -OMISSIS-dissociata dai soggetti condannati, ed essendosi dotata di idonee misure organizzative, dovesse ritenersi ormai pienamente affidabile, con la conseguenza che le sopravvenienze penalistiche non potevano considerarsi circostanza tale da comportare la riapertura dell'istruttoria sulla affidabilità dell'aggiudicataria, già acclarata pochi mesi prima.

Da ciò consegue l'infondatezza della doglianza, con la quale si è censurato, in pratica, il mancato esercizio del potere di autotutela da parte di -OMISSIS-, il cui esercizio, come è noto, è ampiamente discrezionale.

34. - Da quanto premesso deriva l'infondatezza dei motivi di primo grado riproposti in appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

Il rigetto del ricorso di primo grado avverso il provvedimento di archiviazione, che costituisce conferma implicita della precedente aggiudicazione disposta con determinazione n. -OMISSIS-, comporta il sopravvenuto difetto di interesse di -OMISSIS- allo scrutinio dei motivi di appello incidentale (ad eccezione del primo motivo, relativo alla sospensione del giudizio *ex art.* 367, comma 1, c.p.c. che è stato respinto) e dei successivi motivi aggiunti che vanno, quindi, dichiarati improcedibili.

35. - In definitiva, va accolto il primo motivo dell'appello principale e, per l'effetto, va dichiarato ammissibile il ricorso di primo grado proposto da -OMISSIS-; vanno respinti i successivi motivi del ricorso di primo grado, riproposti in appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. e, quindi, il ricorso di primo grado va respinto e la sentenza impugnata va confermata con diversa motivazione; il primo motivo di appello incidentale va respinto; gli ulteriori motivi dell'appello incidentale, ed i successivi motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-, vanno dichiarati improcedibili.

36. - Le spese del grado di appello possono compensarsi tra le parti, tenuto conto della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- accoglie il primo motivo dell'appello principale e, quindi, dichiara ammissibile il ricorso di primo grado;
- respinge i successivi motivi del ricorso di primo grado, riproposti in appello ai sensi dell'art 101, comma 2, c.p.a. e, quindi, respinge il ricorso di primo grado, confermando, con diversa motivazione, la sentenza appellata;
- respinge il primo motivo dell'appello incidentale di -OMISSIS-e, per il resto, dichiara improcedibile l'appello incidentale;

- dichiara inammissibili i motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a.

- compensa tra le parti le spese e gli onorari del grado di appello.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

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