

APPALTI - ANNULLAMENTO DELL'ESCLUSIONE - GIUDICATO DI ANNULLAMENTO - RINNOVO DEGLI ATTI - OBBLIGO DI VALUTARE L'OFFERTA (ILLEGITTIMAMENTE) ESCLUSA

In presenza del giudicato di annullamento riferito al provvedimento di esclusione del concorrente, sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8487/2020

Pubblicato il 29/12/2020

N. 08487/2020 REG. PROV. COLL.

N. 01420/2020 REG. RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1420 del 2020, proposto da Municipia s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo Rti con Gamma Tributi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri, Stefano Vinti e Manuela Teoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Agropoli, non costituito in giudizio;
Unione Comuni Alto Cilento Centrale unica di committenza, in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Leoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

So.G.E.T. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri,

11;

Creset s.p.a. - Società Gestione Entrate e Tributi, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 02236/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.G.E.T. s.p.a. e della Unione Comuni Alto Cilento Centrale unica di committenza;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza del giorno 11 novembre 2020 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti, con modalità da remoto, gli avvocati Teoli, Leoni e Della Rocca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 4 marzo 2019 l'Unione dei Comuni Alto Cilento, nella qualità di Centrale unica di committenza, indiceva procedura di gara per l'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità ("Icp"), della tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche ("Tosap") e del diritto sulle pubbliche affissioni ("Dpa"), nonché per la riscossione coattiva di

tutte le entrate tributarie, patrimoniali e per violazioni del Codice della strada del Comune di Agropoli (SA), e altresì del servizio di supporto all'accertamento, evasione e/o elusione dei tributi locali del medesimo Comune.

2. La concorrente So.G.E.T. s.p.a. veniva esclusa dalla procedura per aver reso in precedenti gare false dichiarazioni che ne avevano determinato l'esclusione, ciò su cui le concorrenti erano chiamate a rendere apposita attestazione, in specie ritenuta dalla commissione - riguardo alla So.G.E.T. - difforme essa stessa dalla situazione effettiva.

3. Avverso il provvedimento d'esclusione la So.G.E.T. proponeva ricorso, integrato da motivi aggiunti con i quali impugnava anche la successiva aggiudicazione in favore del Rti capeggiato dalla Municipia s.p.a.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Unione dei Comuni Alto Cilento e della Municipia, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti annullando i provvedimenti gravati e dichiarando inefficace, a far tempo dalla data di pubblicazione della sentenza, il contratto frattanto stipulato con la Municipia, con conseguente necessità di rinnovo della procedura di gara.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello la Municipia s.p.a. formulando i seguenti motivi di gravame:

I) *Erroris in iudicando e in procedendo*: violazione e falsa applicazione degli artt. 122, 121 e 34 Cod. proc. amm.; violazione e falsa applicazione dei principi che regolano le modalità di riedizione del potere amministrativo nell'ipotesi di annullamento del provvedimento di esclusione di un concorrente; violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'agire amministrativo; violazione del principio di proporzionalità della tutela giurisdizionale; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta;

II) erroneità della sentenza con riferimento ai motivi di ricorso dedotti in primo grado; violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter), f-

bis) ed *f-ter*), d.lgs n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione della *lex* di gara; travisamento dei presupposti fattuali e giuridici; eccesso di potere; irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta; difetto di motivazione e di istruttoria;

III) violazione e falsa applicazione dei principi che governano l'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo e di conservazione dell'atto affetto da meri vizi formali, degli artt. 3, 21-*octies*, 21-*nonies* ss. l. n. 241 del 1990; violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'agire amministrativo; violazione del principio di proporzionalità della tutela giurisdizionale; violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, d. lgs n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione della *lex* di gara; violazione del legittimo affidamento; eccesso di potere; illogicità e contraddittorietà manifesta.

6. Resiste all'appello la So.G.E.T., chiedendone la reiezione, mentre l'Unione dei Comuni Alto Cilento, nel costituirsi in giudizio, ha domandato l'accoglimento del gravame.

7. Sulla discussione delle parti all'udienza dell'11 novembre 2020, tenuta con modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame la Municipia si duole dell'inefficacia del contratto dichiarata dal giudice di primo grado quale conseguenza automatica della disposta riedizione della procedura di gara e senza alcuna valutazione comparativa dei diversi interessi coinvolti.

La disposta riedizione della procedura sarebbe in ogni caso erronea in quanto il giudice di primo grado avrebbe dovuto eventualmente ordinare - in conseguenza dell'annullamento del provvedimento di esclusione della So.G.E.T. - la sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, non già la riedizione dell'intera gara.

1.1. Il motivo è parzialmente fondato, nei termini e per le ragioni che seguono.

1.1.1. Può muoversi per ragioni di priorità logica dal secondo profilo di censura, che risulta condivisibile e va accolto benché proposto in via subordinata, stante il rigetto per il resto dell'appello.

In base ai principi di diritto enunciati da Cons. Stato, Ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30, *“nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara. Sicché, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”*.

Non osta a ciò il possibile pericolo di ledere altri interessi, in particolare sulla segretezza delle offerte, dal momento che la valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere *“interviene allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti. Essa si inserisce, perciò, in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla lex specialis ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione [...] anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione. Opera in tal modo, una fitta rete di riferimenti che, da un lato, consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della par condicio del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati*.

D'altro canto la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara, giusta i meccanismi di pubblicizzazione

previsti [...]. Sussiste quindi in tale situazione il ben fondato rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che, pertanto, siano volte all'ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico".

Nel presente caso, intervenuto l'annullamento dell'esclusione e della successiva aggiudicazione, la sentenza ha disposto la riedizione dell'intera gara rifacendosi a un'interpretazione - che distingueva le procedure soggette al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da quelle aggiudicate con il criterio del prezzo più basso - ormai superata proprio in virtù dei principi affermati dalla detta pronuncia dell'Adunanza plenaria, maturati nella vigenza del Codice dei contratti pubblici di cui al previgente decreto legislativo n. 163 del 2006 ma ben validi anche per le fattispecie dell'attuale *Codice dei contratti pubblici*.

Il motivo di censura è per questo fondato e la sentenza va riformata nella parte in cui dispone la riedizione dell'intera gara anziché la mera valutazione dell'offerta esclusa e le successive conseguenti attività procedimentali ai fini dell'affidamento.

1.1.2. Non è invece suscettibile di favorevole apprezzamento la doglianza relativa alla sorte del contratto, e segnatamente alla ritenuta illegittima dichiarazione d'inefficacia.

In proposito, a prescindere dal significato da attribuire all'art. 122 Cod. proc. amm. in relazione all'automaticità della dichiarazione d'inefficacia del contratto a fronte d'un annullamento implicante la rinnovazione della gara (su cui oltre a Cons. Stato, Ad. plen. 28 luglio 2011, n. 13, v. Cass., SS.UU., 22 marzo 2017, n. 7295), e della distinta problematica sulla possibilità di ricondurre a una siffatta nozione di «*rinnovazione della gara*» anche il segmento procedurale che implica la mera valutazione di una o più offerte (su cui cfr. Cons. Stato, III, 15 novembre 2018, n. 6439; 6 agosto 2018, n. 4830; V, 21 novembre 2014, n. 5732, che muovono dai principi affermati da Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13), è qui

assorbente rilevare che, nell'ambito dell'apprezzamento rimesso alla valutazione del giudice ai fini della dichiarazione d'inefficacia del contratto *ex art. 122 Cod. proc. amm.*, la decisione di scioglimento del medesimo assunta dalla sentenza risulta condivisibile nel merito, se si considerano i parametri indicati dalla norma.

L'affidamento ha infatti a oggetto un servizio - di per sé passibile di subentro - della durata di cinque anni, in un contesto nel quale il contratto era stato stipulato il 18 ottobre 2019, mentre la sentenza è stata depositata appena il 20 dicembre 2019.

Il che ben giustifica lo scioglimento del contratto in considerazione dell'interesse delle parti e dello stato d'esecuzione, anche a fronte d'una regressione della procedura - tale è quella qui disposta - alla fase valutativa, e dunque in una situazione ancora incerta in ordine agli esiti della gara, riaperta nei detti termini.

Di qui l'infondatezza del profilo di doglianza, seppur con le integrazioni e precisazioni che precedono.

2. Col secondo motivo l'appellante si duole dell'accoglimento del ricorso di primo grado in relazione all'annullamento del provvedimento d'esclusione della ricorrente So.G.E.T., la quale sarebbe stata legittimamente estromessa dalla procedura a fronte d'una non censurabile valutazione discrezionale espressa dalla stazione appaltante in ordine all'affidabilità dell'impresa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, valutazione che può ben fondarsi anche sull'apprezzamento di false dichiarazioni rese in precedenti gare.

In ogni caso, siffatta esclusione troverebbe fondamento nell'art. 10, n. 20 del disciplinare di gara (corrispondente al punto n. 21 della domanda partecipativa, *sub* Modello 2), che richiedeva ai concorrenti di attestare sotto pena di esclusione *“di non essere incorsi[i] in false dichiarazioni sui requisiti di partecipazione che [avessero] poi comportato l'esclusione da una procedura di gara e/o la mancata aggiudicazione definitiva di una gara aggiudicata provvisoriamente”*.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. Va premesso in fatto che la So.G.E.T. era stata esclusa da una precedente gara indetta dal Comune di Torre Annunziata in ragione delle dichiarazioni non veritiere rese in ordine all'applicazione di pregresse penali da parte del Comune di Salerno - con iscrizione al Casellario Anac - e del Comune di San Vitaliano nell'ambito dei corrispondenti rapporti.

Al tempo della gara qui controversa, l'esclusione disposta dal Comune di Torre Annunziata era ancora *sub iudice* davanti a questo Consiglio di Stato, la cui ordinanza n. 4477 del 2018 aveva accolto l'istanza cautelare della So.G.E.T.. Di ciò l'interessata dava conto in apposita dichiarazione integrativa a corredo della domanda di partecipazione. La sentenza n. 2430 del 2019 di questa V Sezione che respingeva l'appello e confermava l'esclusione veniva depositata e comunicata lo stesso giorno dell'inoltro della domanda partecipativa (cfr. verbale di gara del 29 aprile 2019), e cioè il 15 aprile 2019.

In tale contesto, la stazione appaltante riteneva che il giudizio di falsità confermato dalla sentenza n. 2430 del 2019 contrastasse quanto dichiarato dalla So.G.E.T. nel “Modello 2”, e perveniva all'esclusione della stessa So.G.E.T. in ragione delle dichiarazioni non veritiere da questa rese nella procedura indetta dal Comune di Torre Annunziata, che avevano condotto alla conseguente estromissione dell'impresa da quella procedura (cfr. il verbale del 14 maggio 2019: “*la dichiarazione integrativa a supporto resa dalla Società SO.GE.T. [...] di fatto non esclude la responsabilità della Società SO.GE.T. S.p.a. di aver, almeno nel caso del Comune di Torre Annunziata, fatto dichiarazioni non veritiere [...]*”).

A fronte dell'accoglimento del ricorso di primo grado, deduce l'appellante che le false dichiarazioni rese dalla So.G.E.T. nella detta procedura bandita dal Comune di Torre Annunziata darebbero effettivamente luogo all'illecito professionale ravvisato dalla Centrale di committenza, idoneo a fondare l'esclusione ai sensi

dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016; e di qui l'errore della sentenza che, ciò nondimeno, ha annullato il provvedimento gravato.

2.1.2. La doglianza non è condivisibile.

Per quanto l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, nel riferirsi ai «*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la [...] integrità o affidabilità*», introduca una norma di chiusura in grado di ricomprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante* incidenti in modo negativo sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico, rimandando così a ipotesi essenzialmente atipiche (cfr. Cons. Stato, V, 29 ottobre 2020, n. 6615; 14 aprile 2020, n. 2389; 24 gennaio 2019, n. 586 e 591; IV, 8 ottobre 2020, n. 5967), la disposizione non può valere ad attribuire valore escludente, *sic et simpliciter*, a circostanze già considerate in via tipica dal legislatore e ritenute irrilevanti in chiave di esclusione (cfr. Cons. Stato, V, 27 settembre 2019, n. 6490).

In termini generali, le condotte comunicative dell'operatore ad effetto escludente sono specificamente prese in considerazione dalla legge, che le distingue a seconda che riguardino la gara in corso (*i.e.*, illeciti c.d. “endoprocedurali”, di cui alle attuali lett. *c-bis*) ed *f-bis*) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016: cfr. Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576; Id., n. 6490 del 2019, cit.), ovvero precedenti procedure di gara (*i.e.*, art. 80, comma 5, lett. *f-ter*), d.lgs. n. 50 del 2016).

In questo secondo caso, affinché la condotta dichiarativa possa di per sé fondare un'esclusione occorre che l'operatore economico sia stato «*iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti*», con la precisazione che «*il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico*» (art. 80, comma 5, lett. *f-ter*), d.lgs. n. 50 del 2016).

Perciò la falsità dichiarativa commessa in precedenti gare rileva - per esplicita previsione legislativa - solo se esitata nell'iscrizione a casellario Anac.

Ciò impedisce di attribuire valore escludente alle dette falsità dichiarative in sé nel quadro della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*), d.lgs. n. 50 del 2016: per quanto ampia e a oggetto innominato, infatti, la previsione non vale a qualificare come escludenti circostanze ritenute irrilevanti dalla legge, per le quali solo la successiva iscrizione a casellario Anac attribuisce effetti negativi particolari: ma una tale iscrizione è nella specie assente (la stessa Anac ha qui archiviato, con delibera del 26 marzo 2019, il procedimento sanzionatorio avviato a carico della So.G.E.T. in relazione alla vicenda).

Questo non esclude la possibilità che la stazione appaltante possa giungere a formulare un suo giudizio d'inaffidabilità in concreto dell'operatore, muovendo (anche) da siffatte falsità: ma occorre a tal fine un motivato e circostanziato apprezzamento, incentrato sulle specifiche ragioni ritenute idonee a rendere inaffidabile in concreto l'impresa in relazione a quella falsità, perché non vale solo il richiamo - in termini di sostanziale automatismo - a falsi dichiarativi non risultanti dal casellario Anac, e perciò di per sé soli non rilevanti (cfr. Cons. Stato, V, 19 aprile 2019, n. 2553).

Nella specie il provvedimento, oltre alla rilevata difformità del "Modello 2" rispetto alla situazione riscontrabile in capo alla So.G.E.T. (su cui v. *infra*, *sub* § 2.1.3), si limita a richiamare *sic et simpliciter* le dichiarazioni non veritiere rese nella precedente gara del Comune di Torre Annunziata, senza fornire specifici elementi per formulare un giudizio d'assenza in concreto degli elementi d'integrità e affidabilità dell'operatore; il che non vale dunque a fondare l'esclusione della So.G.E.T., giacché il mero richiamo della pregressa falsità dichiarativa si risolve in un'obliterazione della valenza dell'art. 80, comma 5, lett. *f-ter*), d.lgs. n. 50 del 2016 e non offre i circostanziati elementi di valutazione che sull'amministrazione incombono per dare ragione del discrezionale giudizio *ex* art. 80, comma 5, lett. *c*), d.lgs. n. 50 del 2016.

2.1.3. Allo stesso modo, non è dato evincere nella specie un'omissione o falsità dichiarativa endoprocedurale *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis)* (e tanto meno *f-bis)*) d.lgs. n. 50 del 2016 passibile d'esclusione in relazione a quanto dichiarato dalla So.G.E.T. in ordine alle vicende della gara bandita dal Comune di Torre Annunziata (cfr. il suddetto verbale del 14 maggio 2019, che evidenzia il contrasto fra la falsità affermata dalla sentenza n. 2430 del 2019 e quanto dichiarato dalla So.G.E.T. nel "Modello 2" per la partecipazione alla gara).

Come già evidenziato, la stessa So.G.E.T. aveva infatti dato contezza, nella dichiarazione allegata alla domanda, dell'esclusione disposta dal Comune in ragione delle ritenute pregresse falsità dichiarative, evidenziando anche l'adozione dell'ordinanza cautelare n. 4477 del 2018 di questa V Sezione. Né rileva, ai fini escludenti, la sentenza di rigetto n. 2430 del 2019, dal momento che è stata depositata lo stesso giorno della presentazione della domanda partecipativa e comunicata al difensore - come si evince dalla documentazione in atti - in orario successivo a quello d'inoltro della suddetta domanda.

In questa prospettiva, la stessa dichiarazione resa *sub* punto n. 21 del Modello 2 della domanda partecipativa di *"non essere incorsa in false dichiarazioni sui requisiti di partecipazione che abbiano poi comportato l'esclusione da una procedura di gara e/o la mancata aggiudicazione definitiva di una gara aggiudicata provvisoriamente"* va letta con la congiunta dichiarazione allegata, che rappresentava con chiarezza la situazione della So.G.E.T. - la quale richiamava al riguardo anche la suddetta ordinanza cautelare n. 4477 del 2018, da cui discendeva la sospensione degli effetti della sentenza confermativa del provvedimento - tanto da consentirne la percezione alla stazione appaltante, che attivava perciò il sub-procedimento di soccorso istruttorio.

2.1.4. Per le stesse ragioni non può rilevare, a fini escludenti, la previsione dell'art. 10, n. 20, del disciplinare di gara (sostanzialmente corrispondente al suddetto punto n. 21 del Modello 2), a tenore della quale ciascuna concorrente era tenuta ad

attestare nella domanda di partecipazione, a pena di esclusione, *“di non essere incorsa in false dichiarazioni sui requisiti di partecipazione che [avessero] poi comportato l’esclusione da una procedura di gara e/o la mancata aggiudicazione definitiva di una gara aggiudicata provvisoriamente”*.

La previsione va intesa infatti non già quale clausola impositiva d’un requisito sostanziale difforme dalle previsioni di legge (in specie, dall’art. 80, comma 5, lett. *f-ter*), d.lgs. n. 50 del 2016), bensì specificativa d’un obbligo dichiarativo strumentale, insieme ad altri posto a carico dei concorrenti, e che la So.G.E.T. ha assolto con le dichiarazioni integrative rese in ordine alla vicenda con il Comune di Torre Annunziata.

Diversamente, la clausola andrebbe ritenuta nulla *ex art.* 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, finendo per *“integrare un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti pubblici; cosa non consentita dall’ordinamento, che anzi in tal caso prevede la sanzione massima della nullità”* (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

Ciò trova conferma nei chiarimenti forniti in corso di gara dalla stazione appaltante, che, di fronte al richiamo da parte di un’impresa proprio dell’art. 10, n. 20 del disciplinare quale possibile causa di esclusione, rispondeva che avrebbe piuttosto proceduto *“alla valutazione della documentazione amministrativa applicando la normativa vigente e le linee guida dell’ANAC, come anche da Voi esposte”* (cfr. al riguardo lo stesso testo del chiarimento, che riporta in narrativa quanto esposto dall’impresa interrogante in ordine al regime espulsivo applicabile, nel senso che, da un lato, avrebbero assunto rilievo *“i comportamenti che [avessero integrato] i presupposti di cui al punto 2.1 [delle Linee Guida n. 6 dell’Anac] posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell’amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell’attribuzione del punteggio”*, dall’altro comunque l’esclusione sarebbe stata disposta *“solo quando il comportamento illecito [avesse*

inciso] *in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso [era] chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare, e dunque soltanto a seguito di motivata valutazione di inaffidabilità da parte della Stazione Appaltante*").

Anche l'art. III.1.1 del bando di gara stabiliva che *"Sono ammessi i soggetti individuati nell'articolo 45 del D.lgs. 50/2016, che non rientrino nei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del D.lgs. 50/2016"*.

Per tali ragioni, la previsione dell'art. 10, n. 20 del disciplinare va intesa non già quale clausola introduttiva d'un requisito sostanziale atipico per l'ammissione dei concorrenti, ma quale onere dichiarativo sulla loro situazione in ordine a precedenti falsità dichiarative e correlate vicende, onere in specie ben assolto dalla So.G.E.T., e che concorreva - in via strumentale - a fornire alla stazione appaltante elementi per un più ampio e complessivo giudizio discrezionale di affidabilità *in concreto* dell'operatore, non inciso *sic et simpliciter* dal mero dato della falsità pregressa non iscritta a casellario Anac.

Alla luce di ciò, anche le doglianze incentrate sul predetto art. 10, n. 20 risultano infondate, così come di per sé non rileva - accolta la indicata interpretazione della clausola di gara - l'eccezione d'inammissibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione per omessa impugnazione della stessa clausola, da ritenere invero non lesiva per la So.G.E.T., e la cui diversa interpretazione ne avrebbe in ogni caso determinato la nullità, dedotta dalla ricorrente e comunque dichiarabile dal giudice (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, che pone in risalto come *"al cospetto della nullità della clausola escludente contra legem del bando di gara [...] non vi sia l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso: tale clausola - in quanto inefficace e improduttiva di effetti - si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge"*, e cioè *"disapplicabile"*).

Anche in sede di soccorso istruttorio, peraltro, la So.G.E.T. ha mantenuto una condotta non reticente né omissiva, dando piena evidenza della sopravvenienza della suindicata sentenza n. 2430 del 2019 di questo Consiglio di Stato.

Per tali ragioni il motivo di doglianza si rivela infondato.

3. Con il terzo motivo la Municipia censura il capo di sentenza in cui s'afferma che il provvedimento espulsivo non indicherebbe un preciso riferimento normativo, ben fondandosi in realtà esso sia sull'art. 80, comma 5, lett. *c*) e *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016, sia sulle previsioni escludenti contenute nella *lex specialis* di gara.

3.1. Neanche tale motivo è suscettibile di favorevole considerazione.

3.1.1. Da un lato, infatti, la sentenza, benché rilevi il mancato richiamo d'uno specifico referente normativo da parte del provvedimento, non pone un tale rilievo a fondamento dell'adottata decisione d'annullamento, giacché esamina espressamente il merito delle doglianze della So.G.E.T., sostanzialmente nella stessa prospettiva invocata dall'appellante, e cioè in termini di verifica dell'integrazione delle fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*) (oltreché *f-bis*) ed *f-ter*)), d.lgs. n. 50 del 2016, nonché delle omesse o fuorvianti dichiarazioni endoprocedurali (sanzionate dalla lettera *c-bis*)), pervenendo su tutto a conclusioni negative.

D'altra parte, come già osservato, sono infondate le censure dell'appellante in ordine alla sussistenza di ragioni escludenti a carico della So.G.E.T. ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c*) e *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016, sicché la doglianza relativa al richiamo della base normativa indicata dal provvedimento è superata di per sé dalla riconosciuta illegittimità sostanziale dell'esclusione.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va parzialmente accolto, in relazione ai soli effetti e profili conformativi della sentenza - nei termini suindicati - a seguito dell'accoglimento del ricorso di primo grado, con riguardo in specie

all'attività amministrativa conseguente all'annullamento dei provvedimenti impugnati, dovendo invece essere respinto per il resto.

4.1. La particolarità e complessità della fattispecie giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, riforma la sentenza impugnata nei limiti di cui in motivazione;

compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO