

Pubblicato il 22/02/2021

**N. 01542/2021REG.PROV.COLL.**  
**N. 05070/2020 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 5070 del 2020, proposto da -OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria e Valentina Brancaccio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

*contro*

Unione dei Comuni Velini, quale centrale unica di committenza, Comune di Casal Velino (Sa) non costituiti in giudizio;

*nei confronti*

Radano Impianti S.a.s. di Radano Emanuele, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto c/o Placidi in Roma, via B. Tortolini 30;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 632/2020, resa tra le parti, concernente lavori aventi ad oggetto “Piano della depurazione e servizio idrico integrato DGR 732/2016 e DGR 366/2018: lavori di estensione rete fognate nel territorio del Comune di Casal Velino e adeguamento impianti di depurazione”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale proposto da Radano Impianti S.a.s. di Radano Emanuele;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2021 tenuta da remoto il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, gli avvocati La Gloria, anche per delega dell'avv. Brancaccio, e Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

-OMISSIS- proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo per la Campania, Sezione staccata di Salerno, per l'annullamento della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini n. 17 del 10 dicembre 2019, quale Centrale Unica di Committenza, con la quale erano stati approvati gli atti e la graduatoria di gara e definitivamente aggiudicata all'impresa Radano Impianti di Radano Emanuele, con il punteggio di 90,829 punti, i lavori aventi ad oggetto “Piano della depurazione e servizio idrico integrato DGR 732/2016 e DGR 366/2018: lavori di estensione rete fognate nel territorio del Comune di Casal Velino e adeguamento impianti di depurazione”, per un importo di contratto di € 1.733.604,52, oltre oneri di sicurezza di € 3.548,00 ed IVA come per legge ed inoltre tutti gli atti connessi, tra cui la nota del r.u.p. di riscontro e soccorso istruttorio in sede di verifica dei requisiti di partecipazione, della posizione

irregolare dell'impresa aggiudicataria rispetto al pagamento delle imposte e tasse, con conseguente falsa dichiarazione resa in sede di gara, con cui era stato richiesto alla concorrente di fornire i propri chiarimenti e/o le proprie giustificazioni.

La ricorrente sosteneva il diritto a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, nonché l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio e la declaratoria del diritto della società ricorrente al subentro nel contratto, oltre al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm.

Venivano proposte le seguenti censure di seguito così egualmente intitolate ed aventi un diverso sviluppo:

Violazione degli artt. 80, 83 e 89 d. lgs. 50 del 2016, degli artt. 1, 2 e 3 l. 241 del 1990, dell'art. 97 Cost., del bando e del disciplinare di gara, del giusto procedimento, dei principi di buon andamento, imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e della motivazione, erroneità, arbitrarietà, perplessità, abnormità, illogicità, travisamento e sviamento.

Radano Impianti s.a.s. si costituiva in giudizio, sostenendo l'infondatezza del ricorso principale e proponendo ricorso incidentale avverso la determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini n. 17 del 10 dicembre 2019 ed i verbali di gara da 1 a 6 nella parte in cui avevano ammesso a gara e valutato la offerta di -OMISSIS-

Con il primo motivo del ricorso incidentale la -OMISSIS- lamentava la falsa dichiarazione della ricorrente principale in ordine al requisito di affidabilità ed integrità professionale - art. 80 co. V lett. f *bis*) d. lgs. 50 del 2016 in relazione all'art. 80 co. V lett. c) stesso d. lgs. in quanto nel DGUE era stato omissso l'indicazione del rinvio a giudizio per bancarotta fraudolenta.

Con il secondo motivo si sosteneva la mancata esclusione della ricorrente principale per la dichiarazione reticente ed incompleta in ordine alla condanna

definitiva per il reato di concorso e di calunnia irrogata in danno del legale rappresentante.

Con il terzo motivo del ricorso si rilevava la mancata esclusione per carenza del requisito della idoneità professionale, essendo priva di iscrizione camerale per attività prevalente nel settore della costruzione di opere idrauliche oggetto di appalto.

Con il quarto motivo veniva contestata la validità del contratto di avvalimento della ricorrente principale per indeterminatezza ed insufficienza delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

Con la sentenza 3 giugno 2020 n. 632 il Tribunale amministrativo campano dava dapprima conto di dover seguire l'indirizzo della Corte di Giustizia UE in tema di gare pubbliche sulla non ostatività all'esame del ricorso principale derivante dalla fondatezza del ricorso incidentale.

Il giudice di primo grado procedeva alla valutazione del primo motivo del ricorso principale, sulla mancata esclusione dell'aggiudicataria nonostante la violazione dell'art. 80, comma 4 e comma 5, lettera *f-bis*), d. lgs. 50 del 2016, nonché del punto 6.2.2. del disciplinare di gara, tramite falsa dichiarazione in ordine alla sua asserita condizione di regolarità "rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse" e lo riteneva fondato, per la grave e definitivamente accertata esposizione debitoria con il Fisco dell'aggiudicataria Radano Impianti s.a.s., notificataria il 21 marzo 2019 di una cartella di pagamento per omesso pagamento delle imposte ai fini Irpef per €. 47.160,91 per l'anno 2014, somma comprensiva di sanzioni ed interessi, quindi in data ante bando di gara: tale cartella era stata preceduta dalla notifica di avviso bonario del 13 ottobre 2017 non impugnato, mentre era stata impugnata la cartella dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale, pervenendo però il 21 novembre 2019 ad una conciliazione con l'Agenzia delle Entrate sulla base della proposta di definizione consistente nella riduzione delle sanzioni al 40%, concordando un pagamento dilazionato in 8 rate trimestrali; nelle more, il 12 agosto 2019 era scaduto il termine di presentazione delle offerte per la gara in

esame, indetta con bando del 16 luglio 2019, stante l'art. 80 c. 4 d. lgs. 50 del 2016 sull'obbligo di esclusione dalla procedura di appalto dell'operatore economico responsabile di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, ad ora non inferiori ad €. 10.000,00 secondo l'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 602 del 1973, il Tar ha ritenuto che la controinteressata aggiudicataria dovesse essere esclusa dalla gara, annullando così anche l'aggiudicazione

Tuttavia, con successiva nota del Responsabile del Settore Lavori Pubblici dell'Unione dei Comuni Velini, con la quale, dopo aver riscontrato - in sede di verifica dei requisiti di partecipazione - la posizione irregolare dell'aggiudicataria rispetto al pagamento delle imposte e tasse, le veniva richiesto di fornire i propri chiarimenti; e essere stati resi, il 10 dicembre 2019 è intervenuta l'aggiudicazione in proprio favore.

Né andava dimenticata la violazione ulteriore dell'art. 80 c. 5 lett. f *bis*) d. lgs. 50 del 2016, relativa alla dichiarazione non veritiera in merito al proprio adempimento degli obblighi tributari, obbligo di legge ribadito anche nel punto 6.2.2. del disciplinare di gara.

Il ricorso principale doveva quindi essere accolto, stante la fondatezza del primo motivo dedotto nei suoi diversi, articolati, profili.

La domanda contenuta nel ricorso principale di conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto rimaneva comunque subordinata alla valutazione della fondatezza del proposto ricorso incidentale, da esaminare.

La Radano Impianti aveva proposto ricorso incidentale sostenendo la violazione dell'art. 80 c. 5 lett. c), c *bis*), c *ter*), ed f *bis*) d. lgs. 50 del 2016, per l'omessa esclusione della -OMISSIS-dalla gara per essere incorsa in una falsa dichiarazione in ordine al requisito di affidabilità ed integrità professionale ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. f *bis*) in relazione all'art. 80 co. 5 lett. c) d.lgs. 2016 n. 50, in quanto Antonio -OMISSIS- legale rappresentante della Società, in sede di redazione del DGUE e delle dichiarazioni allegare avrebbe omesso di

dichiarare un decreto di rinvio a giudizio per il reato di bancarotta fraudolenta disposto dal GIP presso il Tribunale di Salerno il 22 ottobre 2014, con giudizio ancora pendente, fatto potenzialmente idoneo ad incidere sulla integrità professionale del concorrente, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. 50 cit.: a tale tesi era stato contestato dalla ricorrente principale che i fatti non avevano riguardato la -OMISSIS-, ma altro soggetto giuridico, la Salernitana Calcio 1919 della quale il -OMISSIS- era institore, ed in ogni caso non vi erano state false dichiarazioni, visto che il rinvio a giudizio non ha valore di condanna penale.

Il Tribunale amministrativo rilevava dapprima che effettivamente tale fatto non era stato dichiarato, che vi era contrasto in giurisprudenza sul fatto che un simile evento potesse essere di pregiudizio della professionalità di un operatore, tanto era che la questione era stata rimessa di recente all'Adunanza plenaria – ord. n. 2332 del 2020 della Sezione V – ma riteneva preferibile l'orientamento, in base al quale, anche oltre le ipotesi tipizzate dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, sussisteva in capo all'operatore un obbligo di dichiarare fatti ragionevolmente idonei a compromettere la professionalità e l'affidabilità. Quindi il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa ed in tal senso riteneva la sussistenza di un obbligo dell'impresa di dichiarare la sottoposizione a giudizio penale per un reato che può avere incidenza sulla affidabilità imprenditoriale e sulla professionalità, trattandosi poi del reato di bancarotta fraudolenta che comporta come pena accessoria l'incapacità di contrattare con la P.A., tra i più gravi reati che possano essere commessi nell'attività di impresa, tale da compromettere in modo radicale l'affidabilità dell'imprenditore, la tutela dei creditori, la garanzia di esecuzione del contratto, e in ultima analisi anche la

professionalità: perciò l'omessa dichiarazione non aveva consentito alla stazione appaltante di valutare la rilevanza dei fatti sottesi al rinvio a giudizio sotto il profilo della sussistenza dell'illecito professionale nonché dell'integrità ed affidabilità dell'operatore con conseguente pregiudizio per l'esecuzione dell'appalto, visto che in caso di condanna definitiva doveva pronunciarsi l'esclusione dalla procedura ai sensi del comma 6 dell'art. 80.

Senza prescindere poi dal fatto che illeciti in capo ad organi di un operatore economico anche derivanti da pregresse attività di tale organo, vanno comunque imputate all'operatore economico, poiché l'affidabilità imprenditoriale di questo deriva dall'intera esperienza professionale dell'organo in questione, tanto è che nel codice dei contratti pubblici assumono rilievo anche le pregresse condanne riportate dai soggetti cessati dalla carica.

Per questi motivi il ricorso incidentale era da ritenersi fondato e da accogliere, dovendo ritenere non solo l'omessa dichiarazione ma anche la falsa dichiarazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati e conseguente esclusione della -OMISSIS- dalla gara.

Dall'accoglimento del ricorso incidentale derivava il mancato accoglimento delle domande di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, né la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 124 cod.proc.amm. avanzate con il ricorso principale dalla -OMISSIS-

Dalla sentenza discendeva che l'amministrazione resistente avrebbe dovuto rideterminarsi, secondo le proprie valutazioni discrezionali, in ordine alle due possibilità riconosciute dall'ordinamento, secondo i principi espressi dalla suindicata pronuncia della Corte di Giustizia del 5 settembre 2019, ossia o l'aggiudicazione al terzo graduato o la rinnovazione dell'intera procedura di gara.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 26 giugno 2020 la -OMISSIS- impugnava la sentenza e deduceva con sovrabbondanza di argomentazioni i seguenti motivi così sintetizzati:

1. *Error in iudicando*. Violazione degli artt. 24, 27, 111 e 113 Cost., dell'art. 80 d. lgs. 50 del 2016, dell'art. 216 legge fallimentare e degli artt. 32 ter e 32 quater cod. pen. Eccesso di potere giurisdizionale, difetto ed erroneità della motivazione.

2. Violazione degli artt. 80, 83 e 89 d. lgs. 50 del 2016, degli artt. 1, 2 e 3 l. 241 del 1990, dell'art. 97 Cost., del giusto procedimento, dei principi di imparzialità, buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa, del bando e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione, erroneità, arbitrarietà, perplessità, abnormità, illogicità, travisamento, sviamento.

3. Violazione degli artt. 80, 83 e 89 d. lgs. 50 del 2016, degli artt. 1, 2 e 3 l. 241 del 1990, dell'art. 97 Cost., del giusto procedimento, dei principi di imparzialità, buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa, del bando e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione, erroneità, arbitrarietà, perplessità, abnormità, illogicità, travisamento, sviamento.

4. Violazione degli artt. 80, 83 e 89 d. lgs. 50 del 2016, degli artt. 1, 2 e 3 l. 241 del 1990, dell'art. 97 Cost., del giusto procedimento, dei principi di imparzialità, buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa, del bando e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione, erroneità, arbitrarietà, perplessità, abnormità, illogicità, travisamento, sviamento.

5. Violazione degli artt. 80, 83 e 89 d. lgs. 50 del 2016, degli artt. 1, 2 e 3 l. 241 del 1990, dell'art. 97 Cost., del giusto procedimento, dei principi di imparzialità, buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa, del bando e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione, erroneità, arbitrarietà, perplessità, abnormità, illogicità, travisamento, sviamento.

La -OMISSIS-concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese e per il subentro nel contratto ed in via subordinata per il risarcimento in via

equivalente.

La Radano Impianti s.a.s. si costituiva in giudizio tramite appello incidentale notificato il 23 luglio successivo, con il quale deduceva dapprima quattro motivi così rubricati:

*Error in procedendo ed in iudicando.* Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, del principio dispositivo, infondatezza del ricorso di primo grado, insussistenza di violazioni tributarie definitivamente accertate.

Quindi riproponeva ex art. 101 co. 2 cod. proc. amm. ulteriori tre censure sollevate con il ricorso incidentale ed assorbite in primo grado.

5. Violazione dell'art. 80 co. 5 lett. c), c *bis*), c *ter*) e f *bis*) del d. lgs. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto del presupposto, della motivazione e di istruttoria, arbitrarietà, travisamento.

6. Violazione dell'art. 83 co. 1 lett. a) e co. 3 del d. lgs. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto del presupposto, della motivazione e di istruttoria, arbitrarietà, travisamento.

7. Violazione dell'art. 89 del d. lgs. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto del presupposto, della motivazione e di istruttoria, arbitrarietà, travisamento.

La Radano Impianti concludeva come in atti con vittoria di spese.

L'unione dei Comuni Velini non si è costituita in giudizio.

All'udienza del 4 febbraio 2021 tenuta da remoto la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio ritiene l'opportunità di affrontare preliminarmente l'appello incidentale.

Con i primi quattro motivi la Radano Impianti s.a.s. ricostruisce la questione tributaria che aveva portato il giudice di primo grado a pronunciare la sua esclusione dalla gara, dando atto dapprima delle scadenze temporali che avevano caratterizzato la vicenda: dalla notifica del 21 marzo 2019 della cartella esattoriale di € 47.160,91 per omesso pagamento di Irpef per l'anno 2014 al proprio ricorso alla Commissione tributaria provinciale del 17 maggio

2019 avverso tale cartella esattoriale, mentre il 12 agosto 2019 era scaduto il termine per partecipare alla gara indetta il 16 luglio 2019; la Radano aveva richiesto successivamente e precisamente il 21 novembre 2019 alla Agenzia delle Entrate di conciliare la controversia tributaria, l'accordo era intervenuto il 3 dicembre 2019, con riduzione delle sanzioni al 40% e pagamento dilazionato, in otto rate trimestrali.

Il giudice di primo grado avrebbe mal interpretato la questione, partendo da una contestazione di irregolarità tributaria che non poteva dirsi definitiva, in quanto al momento della presentazione della domanda di partecipazione vi era pendente un ricorso contro la cartella che sarebbe stata impugnabile solo per vizi propri, mentre la tutela doveva essere attivata contro l'avviso bonario, asseritamente e non realmente notificato il 13 ottobre 2017, allorché l'avviso bonario ex art. 36 bis d.P.R. 600 del 1973 consiste in una procedura automatizzata non impugnabile e dunque il ricorso avverso la cartella avrebbe impedito la definitività della irregolarità tributaria comunque sanata con la conciliazione e la rateizzazione del debito. Ancora non rispondeva a verità, di conseguenza, che la Radano avesse falsamente dichiarato la propria regolarità tributaria ed erano da ritenersi *ultra petita* i rilievi inerenti ulteriori irregolarità tributarie dell'appellante incidentale, in quanto non contestate dalla Lombardi. Le censure sono per la gran parte infondate.

Si deve dapprima sottolineare in via generale che l'avviso bonario con cui l'amministrazione chiede il pagamento di un tributo sono impugnabili poiché, pur non rientrando nell'elenco contenuto nell'art. 19 d.lgs. 546 del 1992, esplicano comunque le ragioni fattuali e giuridiche di una ben determinata pretesa tributaria, ingenerando così nel contribuente l'interesse a chiarire subito la sua posizione con una pronuncia dagli effetti non più modificabili (Cass. civ.,VI, 19 febbraio 2016 n. 3315) e quindi, anche qualora detto avviso non fosse nella specie stato notificato all'interessata, comunque sarebbe maturata una situazione di irregolarità tributaria oltre i limiti di €. 10.000,00 secondo l'art. 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, del d.P.R. 602 del 1973 e tale situazione

permaneva il 16 luglio 2019, data di indizione della gara in controversia ed era nota alla Radano Impianti dal 21 marzo 2019, data di notifica della cartella esattoriale.

A termini di presentazione della domanda di partecipazione scaduti e cioè il 21 novembre 2019, la Radano ha chiesto all'Agenzia delle Entrate di conciliare il debito e l'accordo è intervenuto il 3 dicembre successivo, con riduzione delle sanzioni al 40% e pagamento dilazionato del capitale, in otto rate trimestrali.

E' perciò acclarato che vi fosse irregolarità tributaria oltre i limiti di cui al d.P.R. 602 del 1973, visto l'accordo che contemplava solo una facilitazione per le sanzioni, ma manteneva l'obbligo del versamento di quanto dovuto agli uffici finanziari e che tutto ciò era incumbente prima dell'indizione della gara, ne ha accompagnato l'indizione e ha trovato una definizione, si precisa con il tributo ancora da pagare allorché i termini per partecipare erano scaduti.

Ora l'Adunanza plenaria 5 giugno 2013 n. 15 ha avuto modo di affermare che *“La giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. CE, Sez. I, 09 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e quella nazionale (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332; sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 531; sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), al pari dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (cfr. determinazione 16 maggio 2012, n. 1; determinazione 12 gennaio 2010, n. 1; parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120), hanno anche di recente ribadito, sulla scorta di argomentazioni suscettibili di condivisione, l'adesione alla tesi più rigorosa secondo cui il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo”*.

Tutto ciò deriva dal fatto che *“Sul piano teleologico la rateizzazione del debito tributario è espressione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza. Pertanto, condizione per la concessione*

*del beneficio è la dimostrazione dell' obiettiva situazione di temporanea difficoltà in cui versa il debitore impossibilitato a pagare in un' unica soluzione il debito iscritto a ruolo e, tuttavia, in grado di sopportare l'onere finanziario derivante dalla ripartizione dello stesso debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali.*

*Sul versante tecnico la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-constitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633).*

*L'ammissione alla rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, implica quindi la sostituzione dell'originaria obbligazione a seguito dell'insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 e seguenti del codice civile.*

*Il risultato è la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate.”*

*La conclusione logica era che l'Adunanza ha reputato “in definitiva che, alla stregua delle considerazioni che precedono, debba trovare conferma l'indirizzo ermeneutico secondo cui non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.”*

Quindi la situazione della Radano Impianti era ben lungi dalla necessaria regolarizzazione utile per partecipare alla gara (si veda da ultimo Cons. Stato, V, 4 gennaio 2021 n. 50).

E' perciò da considerarsi infondato anche il motivo concernente l'erronea falsità della dichiarazione sulla regolarità fiscale contenuta nel DGUE.

E' a questo punto irrilevante la censura relativa all'ultrapetizione delle altre irregolarità fiscali della Radano, inidonea a giustificare una diversa soluzione.

E' poi infondato il quinto motivo riproposto dall'appellante incidentale ex art. 101 co. 2 cod. proc. amm. inerente la mancata esposizione dei fatti che hanno

portato Antonio -OMISSIS- legale rappresentante della -OMISSIS- a non esporre gli eventi dai quali era derivata a suo carico una condanna per calunnia per fatti risalenti al 2010 e divenuta definitiva nel 2019.

La -OMISSIS- ha riportato la condanna dando una sommaria esposizione della vicenda, estranea al corpo sociale della -OMISSIS- e si ravvisa la sufficienza di quanto riportato ai fini della valutazione da parte della stazione appaltante, la quale era comunque dotata di poteri discrezionali per approfondire la questione.

Altresì infondato è il sesto motivo, inerente il codice ATECO 42.91 della -OMISSIS- il quale riportava le attività oggetto della gara tra le attività secondarie della -OMISSIS- medesima: già di per sé il fatto che la -OMISSIS- sia in possesso del Codice ATECO connesso ai lavori in questione risolve ogni difficoltà, poiché esso comunque ricomprende pianamente la costruzione di opere idrauliche, per le quali essa stessa è in possesso di qualificazione SOA (categoria OG6 per acquedotti, fognature, gasdotti, oleodotti etc.), dunque non si ravvisano ipotesi di non ammissione alla gara in questione.

Ancora infondato, per finire, il settimo motivo in cui si lamenta l'inadeguatezza del contratto di avvalimento della -OMISSIS- con la L.P.G., in quanto basato su prestito di tre unità lavorative.

Nulla dice la censura sulla percentuale di opere affidate e, considerati i subappalti previsti e le iscrizioni in possesso della -OMISSIS- e ancor più il corredo del tutto insufficiente del motivo, si può concludere che questo rimanga una mera affermazione senza sostegni probatori.

Per tali considerazioni l'appello incidentale deve essere respinto.

Va ora esaminato l'appello proposto dalla -OMISSIS- e principalmente il primo motivo, in cui l'appellante si duole dell'erroneità della sentenza impugnata laddove questa ha affermato l'irregolarità dell'omissione nel DGUE dell'esistenza di un rinvio a giudizio del suo legale rappresentante e ha

poi concluso che da tale omissione doveva discendere l'esclusione dalla gara dell'interessata.

Sostiene l'appellante che il giudice penale si sarebbe sostituito sia all'Amministrazione appaltante nella valutazione discrezionale se mantenere in gara o meno la -OMISSIS- sia al giudice penale nell'ipotizzare una futura condanna definitiva, tutto ciò senza considerare i fatti alla base del rinvio a giudizio, del tutto estranei al complesso sociale della -OMISSIS- la tassatività delle cause di esclusione e quindi all'assenza di false dichiarazioni, ossia dell'assenza di una *immutatio veri*, ma eventualmente di una sola reticenza componibile con il soccorso istruttorio, la mancata considerazione che in tutti questi anni decorrenti dal rinvio a giudizio del proprio legale rappresentante – sei anni – la Società -OMISSIS- ha mantenuto i propri requisiti di qualificazione senza alcuna annotazione Anac, né è stata destinataria di risoluzioni o rescissioni contrattuali.

Il motivo è fondato nei sensi che seguono.

La questione è stata di recente affrontata, almeno in settori analoghi, dall'Adunanza plenaria con la pronuncia 28 agosto 2020 n. 16, cui era stata rimessa da questa Sezione con ordinanza n. 2332/2020.

La parte saliente che qui interessa va rinvenuta nei punti 14 e 15 della sentenza n. 16/2020 dell'Adunanza plenaria. Vi si afferma in sostanza che l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto *“il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”*, quanto *«l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»* sono considerati dalla lettera c) quali *«gravi illeciti professionali»* in grado di incidere sull'*“integrità o affidabilità”* dell'operatore economico. E' pertanto

indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-*bis*), c-*ter*) e c-*quater*), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55].

Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»). Laddove invece svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «*il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*» (Cass., SS.UU. civili, sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza del Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato

della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

Alla luce della sentenza rassegnata e delle più recenti pronunce della Sezione, si deve rilevare che occorre muovere dalla distinzione fra le omesse, reticenti e false dichiarazioni ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, rilevando che *"v'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come 'grave illecito professionale; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero"* (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 307; 12 aprile 2019, n. 2407; 22 luglio 2019, n. 5171; 28 ottobre 2019, n. 7387; 13 dicembre 2019, n. 8480; 17 marzo 2020, n. 1906; 12 maggio 2020, n. 2976).

Sulla scorta della decisione dell'Adunanza plenaria va affermato in proposito, che *"la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"*, e che essa soggiace a un regime in forza del quale *"la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo"*.

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione *ratione temporis* applicabile alla presente fattispecie, prevede l'esclusione dei concorrenti nel caso in cui *"la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano (...) il fornire, anche per negligenza,*

*informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"* (cfr. il suddetto art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 nella versione anteriore al d.-l. n. 135 del 2018, conv. dalla l. n. 12 del 2019; v. oggi la lett. c-bis) del medesimo art. 80, comma 5).

Come già posto in risalto, la valutazione sulla sussistenza di "*gravi illeciti professionali*" desumibili da "*mezzi adeguati*" compete all'amministrazione, la quale è chiamata all'uopo - in caso di illecito comunicativo - ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma "*nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto*" (Cons. Stato, V, n. 2407 del 2019, cit.).

Il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull'ammissione del concorrente è quello della "*integrità o affidabilità*" dell'operatore: per questo, non solo i profili della condotta dichiarativa endoprocedurale in sé, ma anche quelli inerenti il fatto non adeguatamente dichiarato rientrano nell'oggetto dell'apprezzamento di competenza dell'amministrazione.

Per cui la vicenda oggetto della controversia in esame rientra a maggior ragione tra quelle che necessitano di valutazione per di più approfondita della P.A.: ci si trova di fronte non tanto ad un "*immutatio veri*" da parte della concorrente, ma di un'omissione ed in ogni caso di procedimento penale pendente e non di una condanna definitiva a carico del legale rappresentante della -OMISSIS- nelle vesti di institore della Salernitana Calcio, quindi di un responsabile con i poteri a lui commessi dagli amministratori ed in un altro soggetto giuridico attivo in campi del tutto diversi da quello delle opere pubbliche.

In relazione a quanto finora espresso l'appello deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione e la stazione appaltante dovrà valutare l'affidabilità

professionale della -OMISSIS- alla luce complessiva dei fatti in suo possesso, potendo permettere il subentro nell'appalto nel caso di superamento della valutazione.

Le spese di giudizio vanno compensate nei confronti dell'Unione dei Comuni velini mentre restano a carico della Radano Impianti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la Radano Impianti al pagamento delle spese di giudizio liquidate in complessivi €. 5.000,00 in favore dell'appellante principale, mentre le compensa nei confronti dell'Unione dei Comuni Velini.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021 tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Raffaele Prosperi**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO

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