

TAR Lombardia, Sezione Prima, Sentenza n. 3507 del 31 ottobre 2025

Appalti pubblici – Gravi illeciti professionali – Occorre riferirsi ai mezzi di prova previsti dal Codice – Non sufficienti notizie di cronaca

Pubblicato il 31/10/2025

N. 03507/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01646/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1646 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...), (...) S.r.l., (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentati e difesi dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

(...) S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

i) della Determinazione n. 364 del 29.4.2025 di (...) S.p.A., comunicata alla ricorrente in data 30.4.2025, avente ad oggetto l'esclusione dell'offerta dell'Associazione Temporanea di Imprese "ATTI" composto dalle (...), (...) S.r.l. e (...) S.r.l. dalla Gara Europea a procedura aperta, ai sensi dell'art. 71 del D.lgs. 36/2023, per i lavori di "realizzazione delle infrastrutture per il potenziamento della capacità di innevamento programmato della Ski Area di Bormio, in Comune di Bormio e Valdisotto (SO)" (CIG (...));

ii) della Determinazione n. 309 dell'11.4.2025 di (...) S.p.A., recante l'aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI composto dalla (...) S.p.A. e dalla (...) S.r.l.;

iii) di ogni altro atto di gara connesso, presupposto e/o conseguenziale, ivi incluso il Verbale della 2° seduta riservata della commissione giudicatrice del 26.2.2025, nella parte in cui ha assegnato 22,50 punti all'offerta tecnica del RTI (...) S.p.A. per il parametro di valutazione "PT1";

nonché per la declaratoria di inefficacia

-dell'eventuale contratto medio tempore stipulato tra la Stazione appaltante e la parte controinteressata;

nonché per la conseguente condanna

-dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni in forma specifica mediante il subentro dell'odierna ricorrente nel contratto eventualmente stipulato, al quale sin d'ora essa si rende disponibile, ovvero mediante indizione di una nuova procedura emendata dai vizi qui censurati;

-in subordine, ove non venisse accolta la predetta domanda, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati ex artt. 121 e/o 122 c.p.a.;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da (...) S.P.A. il 21\5\2025:

1. della Determinazione n. 364 del 29.4.2025 di (...) S.p.A., comunicata alla ricorrente principale in data 30.4.2025, avente ad oggetto l'esclusione dell'offerta dell'Associazione Temporanea di Imprese "ATI" composto dalle (...), (...) S.r.l. e (...) S.r.l. (di seguito "(...)") dalla Gara Europea a procedura aperta, ai sensi dell'art. 71 del D.lgs. 36/2023, per i lavori di "realizzazione delle infrastrutture per il potenziamento della capacità di innevamento programmato della Ski Area di Bormio, in Comune di Bormio e Valdisotto (SO)" (CIG (...)), nella parte in cui non ha proceduto all'esclusione del ricorrente principale per i motivi esposti nel presente ricorso incidentale;
2. della Determinazione n. 309 dell'11.4.2025 di (...) S.p.A., recante l'aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI composto dalla (...) S.p.A. e dalla (...) S.r.l. (di seguito "(...)") nella parte in cui è stato confermato il punteggio dell'offerta tecnica pari a 59,59 anziché pari a 64,09, per i motivi esposti nel presente ricorso incidentale;
3. conseguentemente dei Verbali nn. 1, 2 e 3 delle sedute riservate della Commissione di gara nonché le relative operazioni e valutazioni e i relativi allegati, nella parte in cui, con riferimento al criterio di valutazione PT1 e ai sub criteri PT1.A e PT1.B nella parte in cui è stato assegnato all'offerta della (...) il punteggio di punti 5 per ciascun sub-criterio e, in ragione della riparametrazione complessiva, non è stato assegnato a (...), il punteggio di 30 punti per il criterio di valutazione PT1.
4. dei Verbali nn. 1, 2 e 3 delle sedute riservate della Commissione di gara nonché le relative operazioni e valutazioni e i relativi allegati, nella parte in cui, con riferimento al criterio di valutazione PT1 e al sub criterio e PT1.B hanno assegnato all'offerta di (...) il punteggio di punti 0;
5. del Verbale della seconda seduta pubblica del 3 marzo 2025 a seguito della quale è stata approvata la graduatoria complessiva della gara, con l'erronea attribuzione

all'offerta di (...) del punteggio complessivo di 86,59 in luogo del punteggio corretto di 94,09 o comunque superiore a 86,59;

6. Per quanto occorrer possa dei verbali di gara successivi 3 e 25 marzo 2025 (docc. 6 e 7) nella parte in cui hanno confermato i punteggi attribuiti all'offerta della (...) S.a.s.

Della determina 401 del 15 maggio 2025 nella parte in cui, nel confermare l'aggiudicazione a (...) S.p.a., approva la rideterminazione del punteggio attribuito alla sua offerta tecnica e alla sua offerta economica (doc. 12) – attribuendo, in particolare, alla seconda il punteggio di 25,5 in luogo del punteggio di 30 ed alla prima il punteggio di 49,13;

7. Del verbale, allo stato non noto e pertanto non producibile, della seduta riservata della Commissione di Gara in data 30 aprile 2025 con il quale la stessa ha proceduto alla rideterminazione dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica e all'offerta economica di (...) S.p.a. – attribuendo, in particolare, alla seconda il punteggio di 25,5 in luogo del punteggio di 30;

8. di ogni altro atto di gara connesso, presupposto e/o conseguenziale, ivi incluso il Verbale della 2° seduta riservata della commissione giudicatrice del 26.2.2025, nella parte in cui ha assegnato 22,50 punti all'offerta tecnica del RTI (...) S.p.A. per il parametro di valutazione “PT1” anziché 30 punti.;

e per la conseguente pronuncia di inammissibilità del ricorso introduttivo proposto dalla “ATTI” costituita dalle imprese (...) S.R.L. e (...) S.R.L.;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 29\5\2025:

per l'annullamento, previa adozione di idonea misura cautelare,

i) della Determinazione n. 401 del 15.5.2025 di (...) S.p.A., comunicata alla ricorrente in pari data, avente ad oggetto la conferma dell'aggiudicazione in favore del RTI composto dalla (...) S.p.A. e dalla (...)S.r.l. dell'appalto per i lavori di “realizzazione delle infrastrutture per il potenziamento della capacità di innevamento programmato della Ski Area di Bormio, in Comune di Bormio e

Valdisotto (SO)" (CIG (...));

ii) di ogni altro atto di gara connesso, presupposto e/o conseguenziale, ivi inclusa la nota n. IA.2025.0044402 del 22.5.2025, con cui (...) ha risposto negativamente alla segnalazione fatta dall'ATI (...) riguardo alle indagini penali a carico del legale rappresentante della (...) S.p.A.;

nonché per la declaratoria di inefficacia

-dell'eventuale contratto medio tempore stipulato tra la Stazione appaltante e la parte controinteressata;

nonché per la conseguente condanna

-dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni in forma specifica mediante il subentro dell'odierna ricorrente nel contratto eventualmente stipulato, al quale sin d'ora essa si rende disponibile, ovvero mediante indizione di una nuova procedura emendata dai vizi qui censurati;

-in subordine, ove non venisse accolta la predetta domanda, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati ex artt. 121 e/o 122 c.p.a..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e di (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2025 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'(...) con determinazione n. 1238 del 26.11.2024 ha indetto una gara, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, per l'affidamento dei lavori di «realizzazione delle infrastrutture per il potenziamento della capacità di

innevamento programmato della ski area di Bormio, in comune di Bormio e Valdisotto (SO)».

La gara prevede l'assegnazione di un lotto unico per un importo complessivo a base d'asta di € 8.026.626,78.

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e il termine per la presentazione delle domande scadeva in data 14.1.2025 alle ore 13:00.

Il disciplinare di gara stabilisce il c.d. metodo dell'inversione documentale sancito nell'art. 107, comma 3, del d. lgs. n. 36/2023, secondo cui «Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti»; ciò comporta che l'analisi delle offerte tecniche ed economiche precede quella della documentazione amministrativa.

Alla gara hanno partecipato due operatori, (...) (di seguito (...)), in qualità di capogruppo e mandataria dell'ATI costituita dalle imprese (...) s.r.l. e (...) s.r.l. e (...) s.p.a. (di seguito (...)), in qualità di capogruppo e mandataria del RTI costituita da (...) s.r.l..

(...) ha presentato la propria offerta con importo a base d'asta di € 7.388.204,17032, al netto dei costi di sicurezza derivanti da interferenze.

A conclusione delle operazioni di gara, (...) si è classificata al primo posto con un punteggio di 86,59 (di cui 56,59 punti per l'offerta tecnica e 30,00 punti per l'offerta economica) e (...) al secondo posto con un punteggio di 79,47 (di cui 57,25 punti per l'offerta tecnica e 22,22 punti per l'offerta economica).

Il RUP, ricorrendone i presupposti, ha sottoposto l'offerta di (...) a verifica di congruità secondo il procedimento di cui all'art. 110 del d.lgs. 36/2023.

Nelle sedute del 18.3.2025 e 25.3.2025, il RUP ha esaminato le giustificazioni e i chiarimenti forniti da (...) ritenendole «adeguate e pertinenti».

Quindi il Seggio di gara nella seduta del 31.3.2025 ha attestato che la verifica della

documentazione amministrativa del primo classificato «risultava conforme alle prescrizioni della lex specialis di gara».

Pertanto, con determinazione n. 309 dell'11.04.2025 ha aggiudicato la gara a (...).

In data 22.4.2025, la stazione appaltante ha ricevuto da (...) una comunicazione in cui il RTI aggiudicatario riconosceva che «in relazione all'esperienza indicata ha realizzato un sistema di accumulo pari a 33.700 (composto da due vasche) e non pari a 51.700; il valore errato è frutto della non corretta somma del volume delle due vasche realizzate (una di 20.000 mc e l'altra di 13.700 mc) e della inversione delle due prime cifre di tale ultima vasca (20.000 + 31.700)».

La dichiarazione in offerta è stata resa nell'assoluta buona fede ritenendo, a tutti gli effetti, di essere in regola, avendo peraltro confezionato l'offerta mediante un professionista esterno alla società».

Nella stessa data del 22.4.2025, la stazione appaltante ha comunicato all'ATI (...) di aver «appreso, da notizie di cronaca, che alcuni soci di una delle ... mandanti sono imputati in un processo penale per gravi reati in danno alla Pubblica Amministrazione» e che, «pur incidendo sul possesso ininterrotto dei requisiti morali richiesto dagli articoli 94 e 95 D.lgs. n. 36/2023», tali notizie non sono state comunicate dal concorrente, giustificando così l'avvio del procedimento di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione.

Con determinazione n. 364 del 29.4.2025 la stazione appaltante ha escluso l'ATI (...) «per il venir meno dei requisiti generali per la partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, ai sensi degli artt. 94 e 95 del D.Lgs. 36/2023», sulla base dei seguenti presupposti:

i) «l'operatore economico non negava le notizie di cronaca né offriva informazioni adeguate e aggiuntive idonee ad escludere un coinvolgimento della mandante nei reati elencati dalle notizie pervenute, che facevano emergere il coinvolgimento attivo dell'amministratore di fatto della Società mandante (che pur se allo stato attuale impiegato come dipendente, conserva comunque una evidente posizione di

controllo sulla società a gestione familiare), indagato per reati dalla turbativa d'asta alla corruzione, dal riciclaggio all'autoriciclaggio o ai reati fiscali e associazione a delinquere. Sul punto si evidenzia che ai sensi dell'art. 94 co. 1, D.lgs 36/2023 sono rilevanti tutti gli atti commessi dagli "amministratori di fatto" qualifica che, lette le notizie di cronaca, pare senz'altro ascrivibile al soggetto indagato»;

ii) «i reati citati, peraltro, non potrebbero essere commessi da un mero dipendente, vista la natura e la portata degli stessi, come da notizie di cronaca»;

iii) «nessuna misura di self cleaning in merito alla posizione del soggetto indagato, appartenente alla Società mandante sia stata adottata a seguito delle misure cautelari disposte dalla Procura della Repubblica»;

iv) «è stato, inoltre, omesso di dichiarare, con la dovuta sollecitudine, tale sopravvenienza e ciò pur essendo a conoscenza dell'adozione delle misure cautelari. La mancata cura di tale doveroso adempimento assorbe evidentemente le controdeduzioni dell'RTI poiché se la Stazione appaltante, di motu proprio, non avesse appreso tale notizia nulla sarebbe stato comunicato, in palese violazione degli obblighi di legge oltreché ai doveri di lealtà, buona fede e correttezza, dovendo rappresentare tale circostanza prima che la Stazione appaltante si determinasse».

In data 30.4.2025 la Commissione, in ragione della nota ricevuta da (...), ha proceduto a rideterminare il «punteggio tecnico relativo al criterio PT1.C del concorrente» (...), unico rimasto in gara), mentre ha disposto che «come previsto dal Disciplinare di Gara, non deve essere applicata alcuna riparametrazione dei punteggi discrezionali». L'ATI (...) con ricorso del 9.5.2025 ha impugnato la determinazione n. 364 del 29.4.2025 avente ad oggetto la propria esclusione e la determinazione n. 309 dell'11.4.2025 avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara in favore di (...), affidando il gravame a quattro motivi.

Con il primo motivo riferisce che il Sig. (...) è stato colpito da una «misura cautelare personale (arresti domiciliari)», ma afferma che questi «è un mero socio di

minoranza della stessa, privo di poteri gestori e dipendente da diversi anni della (...) S.r.l.» e quindi non è l'amministratore di fatto della società.

Contesta quindi il provvedimento di esclusione sia perché si basa sull'erroneo presupposto che il socio della mandante dell'ATI è l'amministratore di fatto della (...) s.r.l. sia perché l'esclusione si basa su notizie di cronaca che non possano essere considerate adeguati mezzi di prova.

Con il secondo motivo lamenta l'illegittimità del provvedimento di esclusione nella parte in cui non ha considerato che:

- a) «l'omessa o reticente comunicazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali non costituisce di per sé una causa di esclusione automatica dalla gara per espressa disposizione dell'art. 96, co. 14 del D.lgs 36/2023»;
- b) «alcun effetto escludente avrebbe potuto derivare ... dalla mancata adozione delle misure di self-cleaning, le quali ... ove ... omesse e prese isolatamente, non possono certamente rappresentare una causa di esclusione».

Con il terzo motivo deduce l'erronea valutazione dei documenti relativi al parametro PT1.C dell'offerta tecnica di (...) poiché, «per avere un volume pari a quello indicato dal RTI (...), il bacino avrebbe dovuto avere una profondità di circa 20 m, corrispondente a più del triplo delle altezze indicate dal controinteressato nella relazione metodologica, che, come si può vedere, non è compatibile con le fotografiche ivi annesse, che mostrano chiaramente come l'invaso non possa avere una profondità così elevata». Sicché, se l'amministrazione si fosse avveduta di tale errore, avrebbe assegnato a (...) per il criterio PT1 15 punti anziché 22,50, con conseguente aggiudicazione della gara all'ATI (...) con 79,47 punti totali a fronte di 79,09 punti ottenuti dal (...).

Con il quarto motivo contesta la mancata esclusione di (...) per aver inserito all'interno della propria documentazione «dichiarazioni erroneamente false», relativamente al criterio PT1.C, ai sensi del combinato disposto degli artt. 95, comma 1, lett. e) e art. 98, comma 3, lett. b). del d.lgs. n. 36/2023. Con

determinazione n. 401 del 15.5.2025 la stazione appaltante ha confermato l'aggiudicazione a favore di (...), precedentemente disposta con la determinazione n. 309 dell'11.4.2025. Nel provvedimento dava atto che «nel corso della seduta riservata del 30 aprile 2025 ... la Commissione Giudicatrice, procedeva» a rideterminare il «punteggio tecnico relativo al criterio PT1.C del concorrente costituendo raggruppamento temporaneo (...) S.p.A.», «al riallineamento dei punteggi tecnici del concorrente costituendo raggruppamento temporaneo (...) S.p.A. ... non dovendo applicare alcuna riparametrazione dei punteggi discrezionali, come previsto dal Disciplinare di Gara, essendo rimasta un'unica offerta valida» e a rideterminare anche il «punteggio economico del costituendo raggruppamento temporaneo (...) S.p.A.».

A seguito della conferma dell'aggiudicazione, «il punteggio conseguito dall'aggiudicatario costituendo raggruppamento temporaneo (...) S.p.A. (mandataria) -(...) S.R.L. (mandante) risultava pari a: ▪ punteggio tecnico: 49,13 ▪ punteggio economico: 25,5 ▪ punteggio TOTALE: 74,63».

In data 21.5.2025 (...) ha proposto ricorso incidentale impugnando la determinazione n. 364 del 29.4.2025 avente ad oggetto l'esclusione di (...) e la determinazione n. 309 dell'11.4.2025 avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara in proprio favore:

i) nella parte in cui (...) non ha considerato che il sig. (...) «assume nell'ATI un ruolo centrale anche nella esecuzione dell'appalto» come «Assistente sostituto/Direttore tecnico di cantiere (...) srl». Ciò comporta l'illegittima altresì del punteggio assegnato dalla Commissione per il criterio «PT2-struttura tecnico-operativa/ organigramma di cantiere» poiché all'ATI (...) sono stati assegnati 8 punti, rispetto ai 5,57 punti ottenuti da (...);

ii) nella parte in cui la Commissione nella valutazione delle offerte tecniche non si è avveduta che l'ATI (...) per i criteri PT1.A e PT1.B («intervento con presenza di diga») non ha indicato alcuna esperienza pregressa relativa ad un intervento con

presenza di diga, con conseguente impossibilità di vedersi attributi 5 punti per ciascun criterio;

iii) nella parte in cui ha attribuito all'offerta di (...) 0 punti per il criterio PT1.B, invece che 5 punti in quanto pur avendo indicato un «bacino di accumulo» lo stesso ha un'altezza superiore ai 10 metri, costituendo, quindi, nella sostanza, una diga;

iv) nella parte in cui, nella determinazione n. 401 del 15.5.2025, ha rideterminato il punteggio economico di (...), non essendo «del tutto chiara la ragione» di tale modifica.

In data 29.5.2025 l'ATI (...) ha proposto ricorso per motivi aggiunti avverso la nuova determinazione n. 401 del 15.5.2025, affidando il ricorso a tre motivi, senza tuttavia proporre le censure di merito contenute nel ricorso introduttivo contro la prima aggiudicazione.

Con i primi due motivi ha lamentato la mancata esclusione di (...) per grave illecito professionale in relazione a:

i) «falsa attestazione della capacità del bacino di accumulo da esso realizzato nel Comune di (...);

ii) mancata comunicazione della «sottoposizione ad indagini penali del suo l.r.p.t.».

Con un terzo motivo ha riproposto integralmente il primo motivo del ricorso principale.

(...) si è costituita in giudizio eccependo:

i) l'inammissibilità del ricorso principale «per omessa impugnazione della determinazione n. 401 del 15 maggio 2025 di conferma dell'aggiudicazione dell'11 aprile 2025»;

ii) l'inammissibilità e irricevibilità del terzo motivo del ricorso principale per mancata impugnazione del verbale del 30.4.2025 e della determinazione n. 401 del 15.5.2025;

iii) l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per mancato

superamento della prova di resistenza in quanto l'ATI (...), non avendo prodotto «i certificati di esecuzione dei lavori relativi ai tre lavori pregressi ... non avrebbe potuto ricevere il punteggio corrispondente come previsto dall'art. 16.2 del Disciplinare. ... L'azzeramento del punteggio dell'ATI (...) comporta, quindi, che la stessa resti al secondo posto della graduatoria».

Nel merito ha replicato alle censure avanzate dalle parti.

Le parti si sono scambiate articolate memorie difensive.

All'udienza del 15.10.2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

In primo luogo, va chiarito quale sia l'ordine di esame del ricorso principale con motivi aggiunti e del ricorso incidentale.

Nel far questo, si dovrà tenere conto delle censure formulate dalle parti, alcune delle quali hanno valenza reciprocamente escludente dalla partecipazione alla gara ed altre invece riguardano il merito dei punteggi rispettivamente ricevuti, nonché la circostanza che la ricorrente principale contesta anche la propria esclusione dalla gara.

La giurisprudenza europea (Corte di giustizia causa C333/18, caso Lombardi) ha stabilito che l'art. 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 «osta» a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti **pubblici** o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, «venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi».

Il Collegio intende dare continuità all'orientamento della Corte di giustizia

coordinandolo, nel rispetto del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, con le regole di diritto processuale nazionale sull'ordine di esame delle condizioni dell'azione in presenza di gravami che contengono anche censure di merito (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4431/2020 e precedente della Sezione n. 851/2025).

In relazione all'ordine di esame dei ricorsi, principale ed incidentale, che recano motivi reciprocamente escludenti, proposti dai due soli concorrenti che hanno partecipato alla gara, occorre distinguere tre ipotesi:

- a) presenza di ricorsi, principale ed incidentale, proposti da due concorrenti ammessi in gara contenenti motivi soltanto escludenti;
- b) presenza di ricorsi, principale ed incidentale, proposti da due concorrenti ammessi in gara contenenti motivi escludenti unitamente a motivi di merito con cui si contesta il punteggio attribuito alla controparte;
- c) esclusione di un concorrente che impugna, in via principale, la propria esclusione unitamente all'aggiudicazione e all'ammissione del controinteressato, il quale impugna a sua volta, in via incidentale, l'ammissione del ricorrente principale.

Nell'ipotesi sub a), per ragioni di economia processuale, andrà esaminato per primo il ricorso principale escludente dell'aggiudicatario.

Difatti, se la causa di esclusione dell'aggiudicatario dovesse risultare infondata, il ricorso principale andrà respinto e il ricorso incidentale dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Se la causa di esclusione dell'aggiudicatario dovesse risultare fondata, si passerà invece ad esaminare il ricorso incidentale.

Se la causa di esclusione del ricorrente principale dovesse essere risultare fondata, entrambi i concorrenti saranno esclusi dalla gara.

Nell'ipotesi sub b), è indifferente stabilire quale sia l'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale, dovendo essere esaminati entrambi.

Se la causa di esclusione dell'aggiudicatario dovesse risultare infondata, ciò non

precluderà l'esame anche della causa di esclusione del ricorrente principale.

La causa di esclusione del ricorrente principale andrà esaminata poiché la presenza nel ricorso principale di motivi di merito potrebbe sovvertire la graduatoria in favore del ricorrente principale. Tale evenienza giustifica l'interesse del ricorrente incidentale a coltivare l'esclusione del ricorrente principale.

Se anche la causa di esclusione del ricorrente principale dovesse risultare infondata, vuol dire che entrambi i concorrenti rimangono in gara. A questo punto, andrà esaminato il merito di entrambi i gravami. Nell'esaminare il merito, per ragioni di economia processuale, occorrerà partire dall'esame del ricorso principale, perché se infondato, il ricorso incidentale diviene improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

L'ipotesi sub c) riguarda il caso in cui il concorrente è stato escluso dalla gara ed impugna, unitamente all'aggiudicazione e all'ammissione del controinteressato, il provvedimento della propria esclusione (come nel caso di specie).

Va evidenziato che la sussistenza del provvedimento di esclusione dalla gara del concorrente, non divenuto definitivo (il che rende il concorrente non definitivamente escluso), non modifica le regole sull'ordine di esame dei ricorsi reciprocamente escludenti finora esposte.

Come sarà esposto, ricorrono infatti le stesse ragioni di giustizia sostanziale che hanno in precedenza condotto la Corte di giustizia a ritenere non conforme al diritto europeo la regola processuale nazionale secondo cui non va esaminato il ricorso principale escludente in caso di fondatezza del ricorso incidentale escludente.

Difatti, in caso di accertamento giudiziale dell'illegittimità della esclusione del ricorrente principale, questi sarà riammesso in gara e concorrerà, insieme all'altro (o agli offerenti), all'aggiudicazione, laddove questi ha titolo per rimanere in gara.

Analogamente, in caso di accertamento giudiziale della legittimità della esclusione del ricorrente principale, il ricorso incidentale escludente diverrà improcedibile per

sopravvenuta carenza di interesse, ma il ricorrente principale mantiene comunque interesse a che venga esaminato il proprio gravame escludente in quanto, in caso di accoglimento, la stazione potrebbe rinnovare la gara, secondo la regola stabilita dalla Corte di giustizia, dal momento che entrambi in concorrenti hanno presentato offerte «irregolari».

Ne deriva che la posizione del concorrente escluso (ex ante) dalla gara che ha impugnato, a pena di decadenza, il provvedimento di esclusione va equiparata a quella del concorrente che ammesso in gara, ma la cui ammissione è tuttavia gravata (ex post) dall'altro concorrente.

Rimane fermo però che, nello specifico caso sub c), assume valenza prioritaria, per ragioni logico-giuridiche, l'esame del ricorso principale avente ad oggetto l'esclusione dalla gara del ricorrente principale atto che, sotto il profilo diacronico-procedimentale, tale atto costituisce antecedente rispetto ai successivi provvedimenti impugnati.

Sulla base di queste coordinate ermeneutiche, il Collegio ritiene di avviare l'esame della controversia proprio dall'impugnativa del provvedimento di esclusione della ricorrente principale.

Di conseguenza, nel rispetto dell'ordine logico-giuridico di esame delle questioni pregiudiziali, vanno affrontate le eccezioni di rito sollevate dalla stazione appaltante in relazione all'impugnativa concernente il provvedimento di esclusione della ricorrente principale, ossia le eccezioni di inammissibilità formulate da (...) sub i) e sub iii) relativamente al ricorso principale.

Le eccezioni vanno respinte.

L'eccezione sub i) non può essere accolta in quanto parte ricorrente ha successivamente e tempestivamente impugnato con ricorso per motivi aggiunti (anche) la determinazione n. 401 del 15.5.2025.

Di conseguenza, il ricorso introduttivo non è divenuto improcedibile a seguito dell'adozione del provvedimento di conferma dell'aggiudicazione (semmi, come

vedremo, questo atto risentirà gli effetti dell'esito del gravame avverso la esclusione dalla gara del ricorrente).

L'eccezione sub iii) non può essere accolta poiché l'operatore economico che impugna la propria esclusione non è gravato dall'onere di superare la c.d. prova di resistenza. In questi casi, per dimostrare la sussistenza dell'interesse ad agire è sufficiente che il ricorrente alleghi circostanze tali da poter ritenere, in astratto, soddisfatto il proprio interesse a che la sua offerta sia ammessa e che quindi venga valutata (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5834/2019 e il precedente della Sezione n. 851/2025).

Del resto, la valutazione sui certificati di esecuzione dei lavori relativi alle tre esperienze pregresse deve essere oggetto di uno specifico procedimento di valutazione da parte della Commissione di gara e non può essere, conseguentemente, affidata alla difesa della parte interessata. Superate le eccezioni rito frapposte all'esame del ricorso principale avente ad oggetto l'esclusione della ricorrente, occorre affrontare il primo e il secondo motivo di ricorso del gravame principale con cui viene contesta la propria esclusione che, per ragioni di connessione, vanno esaminati congiuntamente.

I motivi sono fondati.

Il codice dei **contratti pubblici** adottato con il d.lgs. n. 36/2023 ha innovato la disciplina sulle cause di esclusione, distinguendole chiaramente tra cause automatiche (art. 94) e non automatiche (art. 95).

Inoltre, con riferimento al grave illecito professionale, rientrante nella categoria delle cause non automatiche, ha impostato l'esclusione sul principio di tipicità, rispettivamente: degli illeciti professionali (art. 98, comma 3); dei soggetti che, in relazione al ruolo rivesto nella compagine dell'operatore, possono contagiare, tramite l'illecito da essi commesso, lo stesso operatore (art. 98, comma 1); dei mezzi di prova degli illeciti compiuti (art. 98, comma 6).

È utile riportare sinteticamente la disciplina sulla causa di esclusione non automatica dalla gara rappresentata dall'ipotesi del grave illecito professionale [art. 95, comma 1, lett. e)] che colpisce l'amministratore di fatto e che si trasmette, per contagio, all'operatore economico (art. 98, comma 1).

Sotto il profilo oggettivo, l'art. 95, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 36/2023, prevede che la stazione appaltante può escludere dalla gara un operatore economico quando accerti che «l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati». L'art. 98, comma 3, lett. g) e lett. h), del d.lgs. n. 36/2023, precisano che l'illecito professionale si può desumere al verificarsi della «contestata» commissione di taluno dei «reati», consumati o tentati, indicati, in modo tassativo, nelle predette lettere.

Sotto il profilo soggettivo, ai sensi dell'art. 98, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 «l'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)».

L'art. 94, comma 3, lett. h), del d.lgs. n. 36/2023, individua tra i soggetti cui può riferirsi la «contestata commissione» dei reati tipici di cui all'art. 94, comma 1, cit., l'«amministratore di fatto».

Sotto il profilo procedurale, l'art. 98, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, stabilisce che la stazione appaltante dispone l'esclusione di un operatore economico, per grave illecito professionale quando ricorrono «tutte le seguenti condizioni: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6».

Sotto il profilo probatorio, l'art. 98, comma 6, lett. g) e lett. h), cit., indicano che mezzi di prova idonei a dimostrare la sussistenza del grave illecito professionale commesso dall'amministratore di fatto sono, per le ipotesi di cui alla lett. g) del comma 3, «gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura

penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale» e, per le ipotesi di cui alla lett. h) del comma 3, «la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale».

Il codice dei **contratti pubblici** non definisce tuttavia la nozione di amministratore di fatto.

La lacuna può essere colmata facendo riferimento alla nozione di amministratore di fatto contenuta nel codice civile che all'art. 2639, comma 1, c.c., ai fini del giudizio di responsabilità penale per gli illeciti commessi nel corso della gestione della impresa, stabilisce che al «soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile» è equiparato «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

Il soggetto che, pur non essendo formalmente investito della qualifica o della funzione di amministratore, «esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione» è amministratore di fatto. L'amministratore di fatto pertanto è colui che svolge di fatto, in via continuativa ed in modo apprezzabile, una o più delle attività che rientrano nei poteri gestori dell'organo amministrativo, a prescindere dalla spedita del nome della società per cui si agisce e dalla coloratura lecita o illecita delle attività compiute.

Per stabilire se si sia in presenza di un amministratore di fatto, occorre verificare in concreto se il soggetto svolge i compiti propri dell'organo amministrativo che sono descritti nelle norme civilistiche che riguardano il tipo di società che viene in emersione.

In linea con il quadro normativo sulle cause di esclusione non automatiche, sopra

descritto, l'onere di provare il grave illecito professionale compiuto dall'amministratore di fatto, che si trasmette all'operatore, grava sulla stazione appaltante che può attivare gli strumenti istruttori o i mezzi di ricerca della prova consentiti dall'ordinamento.

La stazione appaltante è quindi tenuta ad individuare la figura dell'amministrare di fatto che ricorre in presenza di atti di gestione in concreto svolti dal soggetto agente, tali per cui possa ritenersi che questi sia in grado di guidare o influenzare l'attività sociale.

A tal fine la stazione appaltante può avvalersi dei c.d. «elementi sintomatici di gestione» della società in relazione al tipo di compagine societaria che viene in rilievo, quali a titolo esemplificativo: a) il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; b) la valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società; c) l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4863/2025).

Svolte le premesse sull'inquadramento giuridico della causa di esclusione per grave illecito professionale commesso dall'amministratore di fatto, l'esclusione disposta da (...) a carico della ricorrente è illegittima per una serie di autonome ragioni. (...) ha fondato il provvedimento di esclusione del concorrente in virtù della presenza di un amministratore di fatto, nella compagine societaria di una delle mandanti, indagato in alcuni procedimenti penali per reati contro la pubblica amministrazione.

Nel preavviso di esclusione dalla gara, (...) aveva invece ritenuto che l'esclusione del concorrente dipendeva dalla sussistenza a carico di un socio della mandante di un procedimento penale per reati contro la pubblica amministrazione in cui questi aveva assunto il ruolo di imputato. In questo modo, la stazione appaltante ha attivato il c.d. contraddittorio procedimentale sulla base del presupposto rappresentato dalla presenza di «alcuni soci» della mandante «imputati in *un processo penale per gravi reati in danno alla pubblica amministrazione*».

Tale presupposto poi non è stato più ritenuto rilevante ai fini dell'esclusione, allorquando, mutando orientamento, il presupposto dell'esclusione è stato individuato nella presenza dell'amministratore di fatto della mandante «indagato per reati dalla turbativa d'asta alla corruzione, dal riciclaggio all'autoriciclaggio o ai reati fiscali e associazione a delinquere». (...) ha ritenuto sussistente una causa di esclusione del concorrente diversa rispetto a quella prospettata nel corso del procedimento volto all'esclusione e in relazione alla quale aveva chiesto e ottenuto chiarimenti dall'interessato.

La condotta amministrativa si pone in violazione delle garanzie partecipative dell'interessato, sancite dall'art. 10-bis della legge n. 241/1990, che assicurano al destinatario dell'azione amministrativa pregiudizievole la possibilità di interloquire nel procedimento, prima della conclusione dello stesso, vanificando così la finalità di composizione preventiva di possibili conflitti posta a base delle disposizioni che regolano la partecipazione del destinatario del provvedimento.

La ponderazione amministrativa della sussistenza della causa di esclusione non automatica, fondata sui presupposti sopra esposti, oltre ad essere frutto di eccesso di potere, si pone in violazione degli artt. 95, comma 1, lett. e) e 98, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre, (...) ha ravvisato la sussistenza della figura dell'amministratore di fatto sulla base di un ragionamento presuntivo o inferenziale oggi vietato dalla disciplina del codice dei **contratti pubblici**.

In particolare, ha desunto la sua presenza dalla tipologia di reati per cui l'autorità giudiziaria indagava il socio della mandante, sull'assunto che «i reati citati, peraltro, non potrebbero essere commessi da un mero dipendente, vista la natura e la portata degli stessi». La circostanza per cui un socio della società era indagato, e al contempo interessato da una misura cautelare personale (circostanza non smentita dalla ricorrente), a seguito dall'asserita commissione di alcuni reati contro la pubblica amministrazione, benché gravi, non costituisce elemento probatorio da

solo rilevante per affermare che quel soggetto sia (anche) l'amministratore di fatto della società.

(...) avrebbe dovuto dimostrare in concreto la presenza dell'amministratore di fatto ossia di un soggetto che, agendo in nome e/o per conto della società, compiva atti di gestione, senza averne il potere, evidenziando, semmai, che per la condotta tenuta in questa qualità il socio era stato per giunta «indagato per reati dalla turbativa d'asta alla corruzione, dal riciclaggio all'autoriciclaggio o ai reati fiscali e associazione a delinquere».

Non è dunque la commissione (o il tentativo) di un reato che avvantaggia la società a rendere l'agente amministratore di fatto di quella società, ma è la tipologia di attività che il soggetto compie, lecitamente o illecitamente, che denota il suo ruolo di amministratore in via di fatto.

Conseguentemente, non è possibile inferire in via automatica dai reati realizzati a vantaggio della società la presenza nell'agente del ruolo di un amministratore di fatto.

Ed ancora la stazione appaltante ha presunto o inferito la sussistenza dell'illecito professionale dai reati ascritti al socio della mandante sulla base di notizie giornalistiche, sebbene oggi tale inferenza è vietata dalla disciplina del codice dei **contratti pubblici**.

(...) infatti avrebbe dovuto poggiare la valutazione sulla sussistenza dell'illecito professionale, collegato ad ipotesi di reato, sui tipici mezzi di prova previsti dall'art. 98, comma 6, del d.lgs. n. 36/2023.

In particolare, per le ipotesi di cui al comma 3, lett. g), dell'art. 98, cit., i mezzi di prova sono «gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena

su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale».

Per le ipotesi di cui al comma 3, lett. h), dell'art. 98, cit., i mezzi di prova sono «da sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale».

La stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire i mezzi di prova indicati e, sulla base di questi, ritenere la sussistenza del grave illecito professionale.

Sulla base di quanto finora esposto, vengono meno anche le altre ragioni poste a fondamento dell'esclusione ossia il mancato adempimento, a carico del concorrente, degli obblighi di comunicazione sulla sussistenza di gravi illeciti professionali e/o la mancata adozione di misure di self cleaning.

Non ricorrendo una fattispecie di grave illecito professionale rilevante ai fini della regolare partecipazione alla gara, in quanto non è dimostrato che il sig. (...) era un amministratore di fatto, la ricorrente non era onerata dagli obblighi comportamentali a lei ascritti dalla stazione appaltante.

L'esclusione dalla gara della ricorrente è dunque illegittima, sicché l'ATI (...) non doveva essere esclusa dalla competizione a causa della sussistenza del grave illecito professionale qui contestato.

Occorre ora esaminare il quarto motivo del ricorso principale con cui la ricorrente lamenta la mancata esclusione di (...) per grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 98, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023. Il motivo non è fondato. L'art. 98, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023, stabilisce che costituisce grave illecito professionale la «condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione».

Il successivo comma 4 precisa che «da valutazione di gravità tiene conto del bene

giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa».

Sotto il profilo probatorio, il grave illecito professionale in esame è dimostrato se vi sono «indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente».

A seguito dell'aggiudicazione avvenuta con determinazione n. 309 dell'11.4.2025, (...) ha comunicato in data 22.3.2025 di aver commesso «un errore di calcolo» nell'indicazione di un valore attinente ad uno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica in relazione ad una delle tre esperienze pregresse richieste dal disciplinare di gara (criterio PT1.C).

In particolare, la società evidenziava che «in relazione all'esperienza indicata ha realizzato un sistema di accumulo pari a 33.700 (composto da due vasche) e non pari a 51.700; il valore errato è frutto della non corretta somma del volume delle due vasche realizzate (una di 20.000 mc e l'altra di 13.700 mc) e della inversione delle due prime cifre di tale ultima vasca (20.000 + 31.700)».

La Commissione prima (verbale del 30.4.2025) e la stazione appaltante dopo (determinazione di aggiudicazione n. 401 del 15.5.2025) hanno ritenuto che si trattasse di un semplice errore materiale, provvedendo pertanto a rideterminare il punteggio attribuito al concorrente, sottraendo 5 punti assegnati per il criterio PT1.C.

Ad avviso del Collegio, in base alla documentazione presente in giudizio, la condotta tenuta da (...) non risulta idonea ad inverare una causa di esclusione ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023, in quanto il concorrente ha manifestato in tempo utile (22.4.2025), ossia poco dopo l'aggiudicazione della gara (11.4.2025), l'errore di calcolo.

La dichiarazione di gara è stata rettificata spontaneamente dall'operatore che, nel rispetto del principio della fiducia (art. 2 del d.lgs. n. 36/2023), si è assunto la

responsabilità delle proprie dichiarazioni, compresa la possibilità che, a seguito della rettifica del punteggio, la graduatoria finale sarebbe potuta mutare in proprio sfavore tramite l'autotutela della stazione appaltante.

La rettifica è infatti avvenuta (22.4.2025) quando cui l'ATI (...) era ancora in gara (sarebbe stata esclusa il 29.4.2025). Sebbene in data 22.4.2025 risulta formalizzata sia la comunicazione di errore di (...) che il preavviso di esclusione dalla gara della ricorrente, non vi è prova che la rettifica sia avvenuta sulla base della conoscenza dell'avvio del procedimento di esclusione dell'altro concorrente.

Alla luce delle considerazioni su esposte e in mancanza di indizi contrari, la dichiarazione della controinteressata sull'esperienza posseduta in relazione al criterio di valutazione PT1.C, se pur effettuata per negligenza, non costituisce di per sé idonea circostanza idonea ad «influenzare» la decisione di (...) sull'aggiudicazione; la censura escludente formulata dalla ricorrente va quindi respinta.

Si procede ora ad esaminare i motivi escludenti verso la mancata esclusione dalla gara di (...), proposti dalla ricorrente principale tramite i motivi aggiunti.

Le censure sono volte a contestare il grave illecito professionale sotto due ordini di profili: i) falsa attestazione della capacità del bacino di accumulo realizzato nel Comune di (...); ii) sottoposizione del legale rappresentante ad un procedimento penale per reati contro la pubblica amministrazione.

I motivi di ricorso, stante la loro connessione, possono esaminati congiuntamente.

I motivi non sono fondati.

In relazione al primo profilo, è stato già chiarito che l'errata dichiarazione di (...) è frutto di un errore materiale che la stessa stazione appaltante ha successivamente preso in considerazione in quanto tale, provvedendo a riparametrare i punteggi di (...), in senso peggiorativo, nella successiva determinazione di aggiudicazione. In relazione al secondo profilo la ricorrente invece contesta, nello specifico, la mancata attivazione da parte di (...) del procedimento volto all'accertamento dei

requisiti morali in capo all'aggiudicataria, in ragione di alcune «notizie di cronaca» secondo cui il legale rappresentante di (...) sarebbe sottoposto ad indagini preliminari.

Occorre evidenziare che l'art. 98 cit. non indica, tra i mezzi di prova ai fini della sussistenza del grave illecito professionale, l'iscrizione nel registro degli indagati, di cui all'art. 335 c.p.p., del legale rappresentante dell'operatore economico.

Tale conclusione viene ribadita dallo stesso tenore dell'art. 335-bis c.p.p. dove si precisa che l'iscrizione nel registro degli indagati «non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito».

Viceversa, l'esclusione per grave illecito professionale può essere disposta ove il soggetto, iscritto nel registro degli indagati, sia destinatario di provvedimenti cautelari personali o reali, ai sensi dell'art. 98, comma 6, lett. g) e h), del d.lgs. n. 36/2023.

Pertanto, la stazione appaltante ha giustamente valutato di non escludere (...) per grave illecito professionale, attesa la sussistenza della sola iscrizione nel registro degli indagati del suo legale rappresentante.

A questo punto dell'analisi del gravame introduttivo emerge che l'ATI (...) è stata esclusa dalla gara da parte di (...) sebbene non dovesse esserlo e che correttamente (...) non è stata esclusa dalla gara.

Terminato l'esame del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti contenenti censure di esclusione verso (...), in applicazione della regola processuale di matrice europea, come sopra precisata, va ora esaminato il ricorso incidentale escludente.

Con il primo e il secondo motivo del ricorso incidentale, la ricorrente incidentale deduce che (...) doveva essere esclusa dalla gara in quanto il sig. (...), coinvolto in gravi vicende giudiziarie, assume un ruolo centrale nell'esecuzione dell'appalto.

In particolare, l'ATI (...) ritiene che il sig. (...) assuma, nell'esecuzione dell'appalto il ruolo di «assistente sostituto/direttore tecnico di cantiere (...) srl» con «compiti e

mansioni apicali rilevanti anche nella trattazione di argomenti con la Pubblica Amministrazione e i propri rappresentanti (Direzione Lavori, Contabilità dei Lavori ecc.)».

I motivi non sono fondati.

Nell'offerta tecnica presentata dall'ATI (...) è specificato che il sig. (...) gode di 36 anni di esperienza in qualità di «direttore tecnico di cantiere» e che, nella commessa de qua, questi assume il ruolo di «assistente -sostituto direttore tecnico di cantiere». Le attività che dovrà svolgere il sig. (...) sono pressoché identiche a quelle assegnate anche agli altri due soggetti indicati come assistenti/sostituti di direttore di cantiere. La circostanza per cui il sig. (...) svolge il ruolo di assistente/sostituto del direttore tecnico di cantiere non implica l'assunzione di un ruolo apicale nella compagine societaria o un ruolo assimilabile a quello di amministratore di fatto, tale per cui, al ricorrere di un illecito professionale che riguarda questi ultimi, l'operatore economico dovrebbe essere escluso dalla gara.

La tesi della ricorrente incidentale non assume dunque rilevanza nella specie.

Con l'ultima censura contenuta nel ricorso per motivi aggiunti, ossia il terzo motivo, la ricorrente principale ripropone integralmente il primo motivo del ricorso introduttivo.

Rispetto all'esame del motivo, è preliminare l'eccezione di rito che (...) sollevata anche con riferimento ai motivi aggiunti sub ii).

Per ragioni di sinteticità, possono richiamarsi le considerazioni esposte in precedenza con cui l'eccezione è stata respinta con riferimento al ricorso introduttivo.

Nel merito il motivo è fondato.

Per analoghe ragioni di sinteticità, si richiamano le considerazioni che sono state già espresse nel valutare la fondatezza della censura contenuta nel ricorso introduttivo.

Vanno ora esaminate le conseguenze che l'accertamento dell'illegittimità

dell'esclusione dalla gara della ricorrente reca al provvedimento di aggiudicazione. La ricorrente ha proposto domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara adottato in favore di (...).

L'aggiudicazione è stata poi confermata, sempre in favore di (...), con un nuovo provvedimento sulla base di una diversa istruttoria e motivazione.

La determinazione di aggiudicazione della gara n. 401 del 15.5.2025 ha quindi sostituito il precedente provvedimento di aggiudicazione n. 309 dell'11.4.2025.

Sotto il profilo processuale la sostituzione della precedente aggiudicazione con la nuova comporta che la domanda di annullamento contro la determinazione n. 309 dell'11.4.2025 (primo provvedimento di aggiudicazione) è divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

L'improcedibilità della domanda di annullamento determina a sua volta l'assorbimento logico-giuridico delle censure di merito e quindi della pregiudiziale di rito formulata da (...) con riferimento all'impugnativa della prima aggiudicazione.

Rimane in piedi il nuovo provvedimento di aggiudicazione adottato in data 15.5.2025 che è stato gravato con i motivi aggiunti.

L'accertamento dell'illegittima esclusione dalla gara della ricorrente, a seguito dell'accoglimento del primo motivo del ricorso introttivo e della terza censura dei motivi aggiunti riferita al nuovo provvedimento di aggiudicazione, comporta l'illegittimità, in via derivata, del provvedimento di conferma dell'aggiudicazione disposta in favore di (...).

Difatti, nell'adottare il provvedimento di conferma la stazione appaltante ha agito sull'erroneo presupposto della mancata considerazione dell'offerta dell'ATI (...), in ragione della precedente esclusione che si è accertato essere avvenuta in modo illegittimo.

La nuova determinazione di aggiudicazione è stata dunque assunta sul presupposto, che si è accertato essere erroneo, della validità della determina di

esclusione n. 364 del 29.4.2025.

E sempre sulla base di questo erroneo presupposto, (...) ha poi proceduto «al riallineamento dei punteggi tecnici» nei soli confronti di (...), ritenendo di non dover applicare alcuna riparametrazione dei «punteggi discrezionali, come previsto dal Disciplinare di Gara, essendo rimasta un'unica offerta valida».

L'accertamento del vizio relativo all'esclusione dalla gara della ricorrente ha portata radicale sulla nuova aggiudicazione e ne inficia irrimediabilmente la legittimità. L'accertata illegittimità della nuova aggiudicazione determina a sua volta l'assorbimento logico-giuridico delle censure di merito formulate da (...) in quanto la stazione appaltante è tenuta a riformulare la graduatoria tenendo presente la posizione della ricorrente.

In conclusione, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono in parte fondati e vanno pertanto accolti nei sensi e nei limiti sopra indicati; per l'effetto, la determinazione n. 364 del 29.4.2025 di esclusione della (...) va annullata e il concorrente va riammesso in gara; di conseguenza, va annullata per illegittimità derivata la determinazione di aggiudicazione n. 401 del 15.5.2025 disposta in favore di (...).

Il ricorso incidentale in parte va respinto e in parte va dichiarato improcedibile, nei sensi e nei limiti sopra indicati.

La stazione appaltante è tenuta a conformarsi in via esecutiva alla presente decisione, esercitando il potere amministrativo emendato dai vizi di illegittimità ivi accertati, rinnovando la procedura di gara a partire dalla fase in cui tali vizi sono stati riscontrati, provvedendo in particolare: i) a riformulare la graduatoria; ii) ad individuare l'aggiudicatario; iii) a valutare, prima della nuova aggiudicazione, la documentazione amministrativa in capo all'aggiudicatario.

La domanda di subentro nel contratto di appalto proposta dalla ricorrente ai sensi dell'art. 122 c.p.a. va dichiarata inammissibile poiché, alla luce dei vizi riscontrati e del conseguente ri-esercizio dell'azione amministrativa nei termini sopra esposti,

non è possibile, allo stato, accertare la spettanza il contratto di appalto in capo alla ricorrente.

Per le stesse ragioni su esposte, non vi sono gli estremi per pronunciarsi sulla domanda di risarcimento per equivalente del danno patito, atteso il riesercizio del potere cui è tenuta la stazione appaltante.

La soccombenza si accompagna alla condanna del pagamento delle spese di lite ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 91 c.p.c. che vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti, e sul ricorso incidentale, così dispone nei limiti e nei sensi di cui in motivazione:

- accoglie il ricorso principale ed i motivi aggiunti e per l'effetto, annulla la determinazione di esclusione di (...) n. 364 del 29.4.2025 e la determinazione di aggiudicazione di (...) n. 401 del 15.5.2025;
- respinge il ricorso incidentale.

Condanna (...) al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente che liquida nella misura di euro 8.000,00 oltre iva, cpa e spese generali, con rimborso dei contributi unificati versati; compensa le spese di lite nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Luca Iera, Primo Referendario, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO