

TAR Lombardia, Sezione Seconda, Sentenza n. 3227 del 9 ottobre 2025

Appalti pubblici – Omessa dichiarazione di pendenze penali – Grave illecito professionale – Anche per reati diversi da quelli per cui Codice prevede esclusione automatica

Publicato il 09/10/2025

N. 03227/2025 REG.PROV.COLL.

N. 02607/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2607 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del “verbale di aggiudicazione” in data 10.09.2024, recante l’aggiudicazione, in favore della odierna controinteressata, della “Procedura aperta telematica per l’assegnazione di un Accordo Quadro triennale per la realizzazione dell’ampliamento degli impianti di alimentazione presso i -OMISSIS- di -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-” (CIG -OMISSIS-);
 - della nota di -OMISSIS- in data 10.09.2024, recante comunicazione della predetta aggiudicazione;
 - dell’approvazione del C.d.A. in data 25.07.2024;
 - dei verbali di gara tutti;
 - del Chiarimento n. 11 in data 05.02.2024;
 - della nota di -OMISSIS- in data 03.10.2024, recante rigetto dell’istanza di annullamento, in autotutela, inoltrata dalla odierna ricorrente;
 - se del caso e nei limiti precisati in ricorso, del Disciplinare di gara;
 - di ogni atto ad essi antecedente o susseguente, ancorché non conosciuto;
- per la declaratoria di inefficacia:
- ai sensi degli artt. 121-122 c.p.a., del Contratto di appalto che dovesse essere stato medio tempore stipulato fra l’Amministrazione e la odierna controinteressata; con espressa richiesta: - ai sensi dell’art. 124 c.p.a., di risarcimento in forma specifica con il conseguente subentro nel Contratto di appalto - subentro al quale le odierne ricorrenti si dichiarano sin da subito disponibile -, ovvero, in subordine, di risarcimento per equivalente monetario;
- per quanto riguarda i motivi aggiunti:
- del provvedimento, privo di data, a mezzo del quale il Direttore Acquisti e Appalti di -OMISSIS- ha determinato di “confermare l’aggiudicazione disposta in data 10 settembre 2024 alla società -OMISSIS- e tutti i provvedimenti alla stesa presupposti” della “Procedura aperta telematica per la realizzazione del potenziamento e rifunionalizzazione dell’anello di prova presso il -OMISSIS- di -OMISSIS-”;

- di ogni atto ad essi antecedente o susseguente, ancorché non conosciuto;
- per la declaratoria di inefficacia:
- ai sensi degli artt. 121-122 c.p.a., del Contratto di appalto che dovesse essere stato medio tempore stipulato fra l'Amministrazione e la odierna controinteressata; con espressa richiesta:
 - ai sensi dell'art. 124 c.p.a., di risarcimento in forma specifica con il conseguente subentro nel Contratto di appalto - subentro al quale le odierne ricorrenti si dichiarano sin da subito disponibile -, ovvero, in subordine, di risarcimento per equivalente monetario.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2025 il dott. Luigi Rossetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Bando spedito in GUUE il 21.12.2023, -OMISSIS- indiceva una “*Procedura aperta telematica per l'assegnazione di un Accordo Quadro triennale per la realizzazione dell'ampliamento degli impianti di alimentazione presso i -OMISSIS- di -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-*”, per un importo a base d'asta pari a € 8.361.565,31 + IVA, da aggiudicarsi in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 108, d.lgs. 36/2023, con la previsione dell'attribuzione di 80 punti per la offerta tecnica e di 20 punti per quella economica.

La ricorrente partecipava alla procedura.

All'esito delle operazioni di gara, l'ATI -OMISSIS- – -OMISSIS- si classificava seconda in graduatoria, con il punteggio complessivo di 69,856 (67,000 per la componente tecnica e 2,856 per quella economica). Prima graduata risultava la

impresa -OMISSIS- con 84,440 punti, dei quali 64,440 per la componente tecnica e 20,000 per quella economica.

Con nota in data 10.09.2024, -OMISSIS-, a seguito della positiva conclusione del sub procedimento di verifica dell'anomalia, comunicava ai concorrenti la intervenuta aggiudicazione in favore di -OMISSIS-.

All'esito dell'esame della documentazione consegnata dalla Stazione Appaltante, la società ricorrente deduce la sussistenza di plurimi profili d'illegittimità.

Con ricorso, corredato da istanza cautelare, notificato in data 09.10.2024 e regolarmente depositato, la società ricorrente impugna gli atti in epigrafe meglio precisati deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 6.1.3 e dell'art. 10 del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 100, comma 11, del d. lgs. n. 36/2023. Violazione del principio dell'auto-vincolo dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e illogicità manifesta

2. Violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 94, 95 e 98 del d. lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione del punto 6.1 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e carenza di motivazione.

In aggiunta alle doglianze sopra trascritte, parte ricorrente ha altresì articolato le proprie difese a supporto della propria istanza cautelare e formulato istanza risarcitoria, quest'ultima declinata in via principale con l'invocato ristoro informale specifica e in via subordinata per equivalente monetario, concludendo per l'accoglimento del ricorso e delle domande ivi formulate, con vittoria dispende.

In data 17.10.2024 si costituisce l'-OMISSIS- chiedendo che il ricorso e la domanda cautelare siano dichiarati inammissibili, improcedibili, infondati e siano comunque respinti, con vittoria di onorari e spese.

In data 23.10.2024 si costituisce la società -OMISSIS- srl, chiedendo il rigetto dell'istanza cautelare e che il ricorso sia dichiarato irricevibile, inammissibile ovvero improcedibile o comunque respingere il ricorso in quanto infondato, con

vittoria di spese.

In data 31.10.2024 la controinteressata e l'-OMISSIS- provvedono a depositare memorie integrative delle proprie argomentazioni difensive, concludendo come da atti di costituzione in giudizio, insistendo per il rigetto dell'istanza cautelare.

In punto di fatto, corre l'obbligo rilevare che, a seguito del ricorso, la Stazione Appaltante ha chiesto all'aggiudicataria chiarimenti in merito alla contestazione avanzata attraverso il secondo motivo di censura.

L'aggiudicataria ha fornito chiarimenti e documentazione, con missiva del 18.10.2024.

All'esito di specifica istruttoria, l'-OMISSIS-, con separato provvedimento, ha confermato in parte qua l'aggiudicazione.

All'udienza camerale del 05.11.2024 parte ricorrente rinuncia all'istanza cautelare sul presupposto della presentazione di motivi aggiunti.

Con ricorso per motivi aggiunti, corredato da nuova istanza cautelare, notificato e depositato in data 08.11.2024, -OMISSIS-impugna il provvedimento, privo di data, a mezzo del quale il Direttore Acquisti e Appalti di -OMISSIS- Spa ha determinato di *“confermare l'aggiudicazione disposta in data 10 settembre 2024 alla società -OMISSIS-e tutti i provvedimenti alla stesa presupposti”* della *“Procedura aperta telematica per la realizzazione del potenziamento e rifunzionalizzazione dell'anello di prova presso il -OMISSIS-di -OMISSIS-”* nonché ogni atto ad essi antecedente o susseguente, ancorché non conosciuto.

Il ricorso per motivi aggiunti è affidato alle seguenti censure:

3. *Violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 94, 95 e 98 d. lgs. n.36/2023.*

Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.

4. *Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 6.1.3 e dell'art. 10 del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 100, comma 11, del d. lgs. n. 36/2023. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e illogicità manifesta.*

Con ordinanza n. 1349/2024, pubblicata in data 19.11.2024 e confermata dal

Giudice d'appello con ordinanza cautelare n.4740 del 13.12.2024, la Sezione respingeva l'istanza di sospensiva, trattandosi di un pregiudizio "*patrimoniale e ristorabile*".

In data 18 dicembre 2024 è stato sottoscritto l'accordo quadro oggetto di aggiudicazione e il primo contratto attuativo dello stesso presso il -OMISSIS- di -OMISSIS-.

I lavori sono stati consegnati in data 17 gennaio 2025.

In data 17 aprile 2025, veniva sottoscritto il secondo contratto applicativo, riguardante il -OMISSIS- di -OMISSIS-, e i lavori sono stati consegnati in data 13 maggio 2025.

In vista dell'udienza di discussione le parti si scambiano memorie e repliche.

All'udienza pubblica del 23.09.2025, l'affare passa in decisione.

DIRITTO

Il primo motivo del ricorso introduttivo e il secondo mezzo dell'atto di motivi aggiunti possono essere congiuntamente esaminati, attesa la loro totale coincidenza.

Le censure sono infondate.

Come indicato nel Bando di gara, l'appalto di che trattasi riguarda l'affidamento della "*Fornitura in opera, comprensiva della progettazione costruttiva di dettaglio, delle apparecchiature, dei materiali e dei software necessari per provvedere all'alimentazione dei -OMISSIS- nei -OMISSIS- di -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-*".

L'art. 6.1.3 di pag. 7 del Disciplinare di gara richiedeva il possesso, a pena di esclusione, fra gli altri, del requisito (di capacità tecnica) "*di avere eseguito, nel triennio antecedente alla data di pubblicazione della presente procedura di gara, forniture in opera di apparecchiature elettriche (SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt) per un importo complessivo nel triennio non inferiore ad Euro 4.500.000,00 +IVA, dimostrabili con uno o più contratti di importo almeno pari ad Euro 500.000,00 ciascuno*". Il requisito, a mente dello stesso art. 6.1.3 del Disciplinare, avrebbe dovuto essere

auto-dichiarato in sede di offerta.

Il successivo art. 10 del Disciplinare stabiliva che “*a comprova di quanto dichiarato al punto 6.1.3*”, l’impresa prima graduata avrebbe dovuto fornire “*elenco dei contratti di forniture in opera di apparecchiature elettriche (SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt) eseguiti nel triennio antecedente la data di pubblicazione della presente procedura di gara, per un importo complessivo pari ad almeno Euro 4.500.000,00, dimostrabili con uno o più contratti di importo almeno pari ad Euro 500.000,00 ciascuno, corredati da: - relative attestazioni di buon esito/certificati di esecuzione rilasciate dai committenti, con l’indicazione dell’oggetto, dell’importo e del periodo di esecuzione o in via alternativa - copia dei contratti stipulati, corredati delle relative fatture di cui bi sia comprova dell’avvenuto pagamento (che può essere resa, ad esempio, con una dichiarazione resa dall’organo revisore contabile della società prima in graduatoria che attesti il regolare pagamento delle fatture cui si riferisce, o ancora con copia delle contabili di pagamento – ad es - bonifici - riferite alle fatture stesse, o in altre modalità equivalenti)*”.

Con il chiarimento n. 3 del 19.01.2024 la Stazione Appaltante ha precisato che“*...l’impresa dovrà dimostrare di aver eseguito forniture in opera di SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt complete di tutte le apparecchiature elettriche che le compongono. In particolare nello specifico riferimento al quesito formulato, una fornitura in opera di cabine di trasformazione MT/bt dovrà comprendere almeno le seguenti apparecchiature elettriche quadri e cavi di MT, trasformatori MT/BT, quadri di bassa tensione (e.g. power center)*”.

In risposta ad altro specifico quesito, inoltre, la Stazione Appaltante, con il Chiarimento n.11 del 05.02.2024, ha confermato che il fatturato di cui al requisito in parola “*...potrà essere dimostrato anche mediante presentazione di Certificazione Esecuzione Lavori dai quali si evinca di avere effettuato attività afferenti la realizzazione di SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt*”.

L’aggiudicataria -OMISSIS- ha indicato, a comprova del richiamato requisito, una serie di contratti i cui importi, rapportati al periodo di interesse (26.12.2020-26.12.2023), dimostrerebbero di aver realizzato un fatturato pari

€5.555.828,10, quindi superiore a quello minimo richiesto, pari ad € 4.500.000,00.

La ricorrente lamenta che, a comprova del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto dal Disciplinare di gara, l'aggiudicataria avrebbe allegato alcuni contratti relativi ad affidamenti di "lavori" e non relativi a "forniture in opera di apparecchiature elettriche". Difatti, alcuni contratti portati a comprova del requisito non avrebbero la componente "fornitura" quale elemento prevalente rispetto ai lavori. Lo stesso Chiarimento 11, con cui la Stazione Appaltante ha consentito la dimostrazione del requisito mediante Certificazione Esecuzione Lavori, sarebbe illegittimo poiché avrebbe modificato la *lex specialis* ammettendo la produzione di contratti di affidamento lavori.

Sono stati prodotti dall'aggiudicataria i seguenti contratti di affidamento lavori:

- contratto di subappalto, perfezionato con l'appaltatore -OMISSIS-, in data 24.08.2020, per la commessa n. 18037 "Ternate". Si tratterebbe di lavori inquadrati in categoria OG10. Tale contratto, ai fini della dimostrazione del fatturato richiesto dal requisito in esame, è stato computato per € 774.320,21;
- contratto di subappalto che -OMISSIS- ha stipulato, in data 17.02.2020, con l'appaltatore (...) Spa, anche qui (sub) affidamento di lavori. Si tratterebbe di lavori inquadrati in categoria OG10 e OS27. Ai fini della dimostrazione del fatturato richiesto dal requisito in esame, tale contratto è stato computato per € 390.000,00;
- *ad abundantiam*, contratto di subappalto assentito da -OMISSIS-. Anche in questo caso si tratterebbe di (sub)affidamento di lavori. La prova di tale contratto è stata fornita mediante CEL (Certificato di Esecuzione Lavori). Si tratta di affidamento computabile per € 78.360,00.

Detraendo l'importo corrispondente al fatturato complessivo derivante dai predetti contratti di affidamento lavori (€ 774.320,21 + 390.000,00 + €78.360,00) dall'importo computato dalla Stazione Appaltante (€ 5.555.828,10) il fatturato dedotto a comprova del requisito di cui all'art. 6.1.3 sarebbe pari ad € 4.313.147,89, dunque inferiore al limite di 4.500.000,00.

Inoltre, parte ricorrente osserva che l'ANAC, con la Delibera n. 262 del 20.06.2023, ha chiarito, con l'Allegato V, che il possesso del requisito di capacità tecnica dei "Contratti analoghi" di cui al citato art. 100, comma 11, è documentato con "contratti e fatture", e non certo con i CEL, che l'Allegato III alla medesima Delibera, in coerenza con quanto stabilito dall'Allegato II.12 al d. lgs. n. 36/2023, riserva invece alla dimostrazione dell'esecuzione di appalti di lavori.

La Stazione appaltante, pertanto, avrebbe illegittimamente ampliato la portata dell'art. 10 del Disciplinare consentendo di poter comprovare il requisito di cui all'art. 6.1.3 tramite la presentazione dei CEL e, quindi, tramite la esecuzione di lavori. Con la successiva lettera del 03.10.2024, la Stazione Appaltante ha specificato, peraltro, che la categoria OG10 era da ritenersi idonea, benché questa non fosse menzionata in nessuna parte del Disciplinare.

-OMISSIS-, pertanto, risulterebbe priva del requisito richiesto.

Anche ammettendo che i concorrenti potessero comprovare il requisito mediante l'allegazione dei contratti di lavori, non appare revocabile in dubbio che, come rappresentato da -OMISSIS- con il chiarimento n. 3, dai medesimi avrebbe dovuto emergere la fornitura di "quadri e cavi di MT, trasformatori MT/BT, quadri di bassa tensione".

L'operato complessivo contrasterebbe con il punto 10 del Disciplinare e con l'art. 100 comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici.

La censura non è condivisibile.

L'art. 10 comma 3 del D.Lgs 36/2023 prevede che: *3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.*

La norma riportata impone alle stazioni appaltanti, nell'introduzione dei requisiti speciali, di tenere in debita considerazione il principio di massima partecipazione alle gare, favorendo l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese. (TAR, Catania, Sez. III 12dicembre 3738; TAR Palermo, Sez. I, 23 febbraio 2024, n. 703). Nel richiedere il possesso di specifici requisiti, la previsione consente, da un lato, di dettare criteri di selezione degli operatori economici dotati delle capacità giuridiche, economiche, tecniche e professionali necessarie per la corretta esecuzione del contratto, dall'altro, impone l'esigenza di un indefettibile bilanciamento tra quest'ultimo interesse e quello della massima partecipazione. In tale prospettiva, l'attività della Stazione Appaltante dovrà procedere secondo un criterio di selezione ispirato alla verifica di una correlazione, in termini di pertinenza e proporzionalità, tra i requisiti richiesti o l'oggetto dell'appalto.

Nella fattispecie in esame, l'art. 6.1.3 del Disciplinare di gara impone il seguente requisito *“di avere eseguito, nel triennio antecedente alla data di pubblicazione della presente procedura di gara, forniture in opera di apparecchiature elettriche (SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt) per un importo complessivo nel triennio non inferiore ad Euro 4.500.000,00 + IVA*

Va rilevato che il nuovo Codice dei contratti pubblici qualifica espressamente come requisito di capacità tecnico - professionale il requisito esperienziale del c.d. fatturato specifico (art. 100, comma 11, d.lgs. n. 36 del 2023).

L'art. 100, comma 11, del d.lgs. n. 36 del 2023, nella formulazione *ratione temporis* vigente, così prevedeva: *“(...) Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di avere eseguito nel precedente triennio (il periodo rilevante ai fini della maturazione del requisito in esame è stato elevato dal D.Lgs 209/2024 a dieci anni) dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”*.

Al lume delle richiamate disposizioni va verificata la legittimità della valutazione

effettuata dalla stazione appaltante in sede di verifica del sopra evidenziato requisito.

A questo fine, l'art. 10 del Disciplinare imponeva all'aggiudicatario di fornire l'*elenco dei contratti di forniture in opera di apparecchiature elettriche (SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt) eseguiti nel triennio antecedente la data di pubblicazione della presente procedura di gara, per un importo complessivo pari ad almeno Euro 4.500.000,00,[...] corredati da: - relative attestazioni di buon esito/certificati di esecuzione rilasciate dai committenti, [...]o in via alternativa - copia dei contratti stipulati, corredati delle relative fatture di cui vi sia comprova dell'avvenuto pagamento.*

Benché il Disciplinare di gara, sia nell'art. 6.1.3 sia nell'art. 10, faccia espresso riferimento alle "*forniture in opera di apparecchiature elettriche (SSE di conversione e/o cabine di trasformazione MT/bt)*", il predetto requisito va verificato secondo il criterio di "analogia" o "inerenza" che ammette la possibilità di comprovare il bagaglio esperienziale richiesto dalla *lex specialis* anche attraverso l'esecuzione di prestazioni non perfettamente coincidenti con quella dell'appalto ma comunque riconducibili al medesimo settore imprenditoriale e professionale. Ciò in applicazione dei principi del *favor participationis* e dell'apertura del mercato alle imprese operanti nel medesimo segmento di riferimento, in funzione pro-concorrenziale e nell'interesse alla migliore allocazione delle risorse pubbliche. (cfr. Cons. di Stato, Sez. VII, 3.11.2022, n. 9596). In tale prospettiva, l'operato della Stazione Appaltante si sostanzia in un'analisi concreta delle attività pregresse, tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni, nonché della tipologia e dell'entità delle attività svolte. Va da sé che le prestazioni dedotte nei contratti allegati a comprova del requisito possono anche non essere coincidenti o esserlo solo in parte con l'oggetto del contratto di appalto (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 11.05.2020, n. 2953; Cons. di Stato, Sez. III, 23.08.2018, n. 5040; Cons. di Stato, Sez. V, 6.04.2017, n. 1608).

Ciò che rileva è, dunque, il riscontro di prestazioni adeguate a sostenere un

giudizio di idoneità all'esecuzione della prestazione oggetto del contratto d'appalto. Si tratta di una valutazione di carattere tecnico-discrezionale rientrante tra le competenze della Commissione giudicatrice.

La valutazione della Commissione è, naturalmente, espressione di un tipico potere di valutazione tecnica, riservato all'amministrazione e sindacabile in sede giurisdizionale solo nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Quanto sopra affermato consente di ritenere infondata la censura della ricorrente, diretta a contestare la legittimità della verifica del predetto requisito in capo all'aggiudicataria, che prospetta quanto segue: *“dall'esame dei predetti contratti emerge che alcuni di essi risultano manifestamente inidonei a comprovare il previo espletamento di forniture in opera siccome, in realtà, relativi all'affidamento di lavori?”*.

Ad avviso del Collegio, il contratto di affidamento lavori non può ritenersi automaticamente inidoneo alla dimostrazione del bagaglio esperienziale di un operatore economico in relazione all'esecuzione di una fornitura in opera: va sempre verificata in concreto la capacità e maturità professionale conseguita, alla luce delle prestazioni concretamente eseguite ed analiticamente documentate.

In sostanza, la verifica del requisito non può ritenersi illegittima solo perché la qualificazione tecnico-giuridica del contratto oggetto di gara non coincide con la qualificazione dei contratti allegati dall'aggiudicataria a dimostrazione del requisito. Si tratta di uno sbarramento non previsto dalla legge e del tutto inidoneo a dimostrare, in tesi, la non affidabilità dell'operatore economico, trattandosi di prospettazione, ad avviso del Collegio, del tutto contrastante con il principio della massima partecipazione agli appalti.

La circostanza che, nei contratti prodotti dall'aggiudicataria a dimostrazione del requisito, la componente “fornitura” non sia prevalente rispetto a quella del “lavori”, non esclude la possibilità di dedurre dagli stessi il bagaglio esperienziale del concorrente, individuando lo specifico segmento della complessiva prestazione

allegata a comprova del requisito, in grado di rendere adeguata dimostrazione della capacità tecnica richiesta. In sostanza, riconnettere a tale circostanza un effetto automaticamente preclusivo, impedisce irragionevolmente alla Stazione Appaltante la doverosa verifica della maturata ed effettiva capacità dell'aggiudicatario di svolgere la prestazione oggetto del contratto di appalto.

Nel concreto, il contratto di subappalto con -OMISSIS- riguardava i lavori di *“Realizzazione della nuova SSE di Ternate (VA) in BOX autoparlanti sulla tratta Gallarate-Laveno, equipaggiata con due gruppi di Conversione da 3.6 MW, alimentata dalla rete Enel 15 kV comprese le opere civili ed elettromeccaniche accessorie”*. I lavori oggetto del contratto di subappalto stipulato con (...) riguardavano: *“Posa apparecchiature bt e MT quali armadi, trasformatori, raddrizzatori, induttanze, posa, cavi, posa shelter/container attrezzati con quadri bt e MT, fornitura in opera sistema di governo computerizzato delle SSE, montaggio sostegni e loro attrezzaggio con sezionatori, scaricatori e RV, realizzazione maglia di terra, esecuzione collegamenti di bassa e media tensione, impianti accessori, eventuali opere edili accessorie, piccole forniture”*. A comprova del fatturato per entrambe le pregresse esperienze, la ricorrente ha fornito i relativi “contratti”.

Quanto al contratto di subappalto stipulato con -OMISSIS-, per il quale l'aggiudicataria ha fornito Certificato di Esecuzione Lavori, dagli atti di causa emerge che lo stesso è stato ritenuto irrilevante da -OMISSIS- ai fini del requisito di cui all'art. 6.1.3. Ciò in ragione dell'ultimazione dei lavori ivi indicati in data antecedente al triennio di riferimento. Di tale pregressa esperienza, pertanto, la Stazione appaltante non ne ha tenuto conto.

A parere del Collegio, risulta evidente la pertinenza e la coerenza delle attività svolte nei subappalti (...) e (...) con l'oggetto della fornitura in opera *de qua*, avente ad oggetto: *“- progettazione costruttiva di dettaglio degli impianti, delle strutture e dei nuovi manufatti oggetto dell'appalto, nonché la predisposizione e la presentazione agli Enti Competenti (Comune di Milano, Ufficio Catasto, ...) delle relative pratiche autorizzative; - per i -OMISSIS- di -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-: la realizzazione delle opere civili e la*

fornitura e posa in opera di cabine di conversione (inshelter) per l'alimentazione di colonnine di ricarica da dedicare alla "night charge", oltre ai sistemi per la supervisione e gestione delle ricariche (Energy Management System) da locale e -OMISSIS-" (art. 1.1 del Capitolato) e, per ogni -OMISSIS-, la "Realizzazione delle opere civili di piazzale per la posa di n.1 box di conversione (shelter 6) dedicati agli impianti di ricarica, la realizzazione delle vie cavo di collegamento delle colonnine alle cabine di conversione, nonché eventuali predisposizioni per un futuro ampliamento degli impianti di -OMISSIS-, la sistemazione dei sottoservizi esistenti e il ripristino della pavimentazione nelle aree di piazzale interessate dagli interventi" (Art. 1.2 del Capitolato).

Né può ritenersi motivo di automatica esclusione il mancato riscontro, nella documentazione prodotta agli effetti di cui all'art. 10 del Disciplinare, di una fornitura completa di *"almeno le seguenti apparecchiature elettriche quadri e cavi di MT, trasformatori MT/BT, quadri di bassa tensione (e.g. power center)"*. Si tratta, difatti, di indicazione proveniente da un chiarimento (Chiarimento n. 3), avente una *"una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara"* (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2025 n. 1350, punto 10.1; del medesimo avviso cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022 n.7793; Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022 n. 64).

Sulla base di quanto sopra complessivamente osservato, il primo motivo del ricorso introduttivo e il secondo motivo dell'atto di motivi aggiunti devono essere respinti.

Con il secondo motivo del ricorso introduttivo e il primo mezzo dell'atto di motivi aggiunti, la ricorrente espone che da notizie comparse su di un quotidiano, emerge che l'attuale Legale Rappresentante della -OMISSIS- è stato rinviato a giudizio nell'ambito dei lavori per l'elettrificazione di una linea ferroviaria.

Della indicazione di tale rinvio a giudizio, tuttavia, non vi sarebbe traccia né nel DGUE, né nel modulo "Dichiarazione impresa" sottoscritto in data 19.01.2024 (e,

quindi, successivamente al rinvio a giudizio) e presentati da -OMISSIS-, e ciò nonostante il riferito soggetto rientri pacificamente fra quelli di cui all'art. 94, comma 3 lett. e), del d. lgs. n. 36/2023.

Il punto 6.1 del Disciplinare di gara, a pag. 7, onerava espressamente i concorrenti di *“presentare le dichiarazioni sostitutive relative all'insussistenza delle cause di esclusione di cui agli art. 94 e 95 del D.Lgs. n. 36/2023 con riferimento a tutti i soggetti indicati all'art. 94, comma 3, del medesimo D.Lgs. n. 36/2023, con indicazione nominativa dei soggetti cui le dichiarazioni si riferiscono”*, all'uopo utilizzando il citato modello “Dichiarazione impresa” o il DGUE.

La richiamata omissione dichiarativa determinerebbe, quindi, l'obbligo di escludere -OMISSIS- dalla gara per violazione del combinato disposto dei citati artt. 94, 95 e 98 del d. lgs. n. 36/2023.

In via subordinata, qualora si dovesse ritenere che la predetta omissione dichiarativa non comporti l'automatica esclusione dell'aggiudicataria, l'illegittimità della gravata aggiudicazione emergerebbe dall'assenza motivazione circa la eventuale non incidenza di un provvedimento di una tale gravità sull'affidabilità dell'Operatore Economico. Il provvedimento di aggiudicazione risulterebbe in ogni caso viziato per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, avendo la Stazione Appaltante totalmente omesso di prendere in considerazione la descritta vicenda penale e, di conseguenza, di motivare in ordine alla sua eventuale non incidenza sulla partecipazione alla gara da parte della odierna controinteressata, trattandosi di provvedimento recente, irrogato nei confronti del Legale rappresentante di -OMISSIS- nell'ambito della esecuzione di un appalto pubblico afferente la stessa categoria merceologica.

A seguito del ricorso, la Stazione Appaltante ha chiesto all'aggiudicataria chiarimenti in merito alla contestazione avanzata attraverso il predetto secondo motivo di censura del ricorso introduttivo.

L'aggiudicataria ha fornito chiarimenti e documentazione, con missiva del

18.10.2024.

All'esito di specifica istruttoria, l'-OMISSIS-, con separato provvedimento, ha confermato in parte qua l'aggiudicazione, sul presupposto che il reato contestato: non rientra tra quelli di cui all'art. 94, quale causa di esclusione automatica, e non rientra nei casi "tassativi" di illecito professionale grave, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 95 comma 1, lett. e) e 98 del D.Lgs36/2023, in tema di cause di esclusione non automatica. Difatti, la fattispecie di esclusione non automatica derivante dal combinato disposto dei commi 3 e 6 lett. g) dell'art. 98, presuppone la commissione da parte dell'operatore economico di uno dei reati previsti dall'art. 94 comma 1. L'ipotesi di reato in questione non rientra tra i casi previsti da quest'ultima disposizione. Inoltre, a norma dell'art. 96 comma 10 lett. c) del Codice dei contratti pubblici, le cause di esclusione non automatica, tra cui il grave illecito professionale, rileverebbero per tre anni. Trattandosi di ipotesi di reato non rientrante tra quelle previste dall'art. 94 comma 1 o tra i reati previsti dall'art. 98 comma 3 lett. h), il periodo di rilevanza dei tre anni decorrerebbe dalla "*commissione del fatto*", a norma dell'art. 95, comma 10 lett. c) n. 1 D.Lgs 36/2023.

La ricorrente deduce, attraverso il ricorso in aggiunzione, che la motivazione del provvedimento di conferma non sarebbe condivisibile. La omessa dichiarazione della richiesta di rinvio a giudizio integrerebbe, di per sé, la fattispecie di cui alla citata lett. b) del comma 3 dell'art. 98 o, in subordine, quella di cui al comma 5. Non sarebbe sostenibile la tesi per cui aver (scientemente) omesso di dichiarare, in fase di offerta, la esistenza di una richiesta di rinvio a giudizio per un delitto particolarmente grave quale quello del cd "subappalto illecito" di cui all'art. 21 della l. n. 646/1982, non potrebbe determinare alcuna conseguenza negativa in capo all'Operatore economico. La circostanza che il reato contestato non rientri fra quelli declinati dall'art. 94, comma 1, non sarebbe decisiva, "*atteso che ciò che si contesta è la non fedele rappresentazione dell'esistenza di un procedimento penale in corso per contestata violazione della normativa in materia di appalti pubblici, sanzionata per l'appunto dal*

citato art. 98, comma 3 lett. b)”.

Né suscettibile di pregio apparirebbe la tesi della irrilevanza dei fatti siccome commessi oltre i tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, atteso che, a mente dell'art. 96, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023, tale fattispecie ricorre soltanto ove l'Operatore economico abbia diligentemente portato la Stazione Appaltante a conoscenza della vicenda mentre, in difetto, il triennio decorrerebbe dal momento in cui l'Amministrazione abbia acquisito i relativi provvedimenti.

Il gravato provvedimento di “conferma” dell'aggiudicazione, osserva ancora la ricorrente, nulla motiverebbe circa la ritenuta non incidenza, sull'affidabilità del concorrente, di una fattispecie delittuosa, quale il subappalto illecito, particolarmente grave e senz'altro afferente l'ambito di operatività dell'impresa e, in specie, la partecipazione agli appalti pubblici. Di qui la illegittimità del provvedimento impugnato anche sotto il profilo della carenza di istruttoria e del difetto di motivazione.

La censura articolata con il primo mezzo dei motivi aggiunti è fondata nei limiti che si andranno ad esporre, mentre il secondo mezzo del ricorso introduttivo, è infondato, nella parte in cui richiede l'esclusione automatica dell'aggiudicataria per violazione del combinato disposto dei citati artt. 94, 95e 98 del d. lgs. n. 36/2023, mentre è divenuto improcedibile, nella parte in cui contesta che la Stazione appaltante avrebbe “*omesso di prendere in considerazione la descritta vicenda penale e, di conseguenza, di motivare in ordine alla sua eventuale non incidenza sulla partecipazione alla gara da parte della odierna controinteressata*”. Ciò inconsiderazione della sopravvenuta Nota di -OMISSIS- con la quale, all'esito di specifica attività istruttoria, è stata confermata l'aggiudicazione con espressa motivazione sul punto.

Venendo al merito della censura articolata con il primo mezzo dei motivi aggiunti, dagli atti di causa risulta non contestata la circostanza che sia stata posta in essere un'omissione dichiarativa di pendenze penali a carico dell'operatore economico

aggiudicatario. L'ipotesi di reato contestata è quella di subappalto non autorizzato, ex art. 21 della l. n. 646/1982, per la quale vi è stato un provvedimento di rinvio a giudizio. Diversamente da quanto dedotto dalla controinteressata e da -OMISSIS-, la circostanza che la fattispecie di reato contestata al legale rappresentante, non rientri in una delle ipotesi di reato di cui all'art.94 comma 1, non è sufficiente ad escludere, in astratto, la configurabilità a carico dell'operatore economico del grave illecito professionale. Ciò perché la fattispecie non è valutata in relazione all'art. 98 comma 3 lett. g), per cui l'illecito professionale può desumersi dalla *“contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94 del Codice”*, come ritengono -OMISSIS- e -OMISSIS-, ma per l'omissione dichiarativa di dati o informazioni riguardanti l'operatore economico, astrattamente idonee ad incidere sul giudizio di integrità e affidabilità del concorrente.

Difatti, la causa di esclusione non automatica del “grave illecito professionale”, a norma dell'art. 95, comma 1, lett. e), può configurarsi anche attraverso l'ipotesi di cui all'art. 98 comma 3 lett. b), che contempla 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”*, a cui fa correttamente riferimento parte ricorrente. Si tratta di una disposizione sostanzialmente riproduttiva del previgente art. 80 comma 5, lett. c-bis) del D.Lgs. 50/2016, ad eccezione della mancata riproposizione del passaggio che dava rilievo all'aver *“omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*. La rilevanza dell'omissione dichiarativa, quale illecito professionale, non è tuttavia venuta meno, sia in ragione dell'indubbia idoneità della condotta ad influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, sia perché lo stesso art. 98 comma 5 D.Lgs 36/2023 ne ammette implicitamente la rilevanza, prevedendo che *“Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese*

nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3”.

Per configurare tale “grave illecito professionale”, è da ritenersi sufficiente che l’omissione dichiarativa possa riguardare anche una fattispecie di reato che non rientri nei reati consumati o tentati di cui al comma 1 dell’art. 94 del Codice dei contratti pubblici.

In sostanza, l’omissione dichiarativa di pendenze penali a carico dell’operatore economico, per reati non ricompresi nell’elencazione tassativa indicata dal nuovo codice dei contratti pubblici, può determinare l’esclusione dalla gara, se incidente sulla integrità ed affidabilità dell’operatore economico.

Si tratta di un indirizzo interpretativo ispirato dai principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici, a cui ogni gara pubblica deve necessariamente ispirarsi.

Con riferimento alla fattispecie concreta, assume particolare rilievo il principio di buona fede.

Sul punto è stato recentemente affermato che: *“L’intero sistema dei contratti pubblici si ispira al principio della ‘buona fede’, espressamente codificato dall’art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023; una disposizione che, mediante il ricorso alle categorie dell’affidamento e della buona fede precontrattuale, si preoccupa di distribuire i rischi dell’invalidità degli atti del procedimento di evidenza pubblica, collegandoli ad oneri informativi. Nelle trattative precontrattuali il comportamento contrario a buona fede, cioè sleale o scorretto, dà luogo a responsabilità (art. 1337 c.c.), e può pregiudicare la validità del consenso prestato dall’Amministrazione alla stipula di un negozio, con la conseguenza che il principio di buona fede consente di riconoscere, a carico delle parti, doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli tipizzati, anche se molti obblighi derivanti dall’applicazione di questo principio sono stati tipizzati dal legislatore. La diffusione di informazioni inesatte o l’omissione di informazioni che non possano consentire all’Amministrazione di valutare adeguatamente la scelta di contrarre o meno con un operatore economico, sono comportamenti contrari al principio di buona fede codificato dal codice dei*

contratti. Questo Consiglio di Stato ha, in più occasioni, valorizzato il dovere di buona fede nel rapporto che si instaura tra soggetto pubblico e parte privata nelle gare di appalto, stabilendo che: <<il comportamento di entrambi deve essere realizzato in funzione della reciproca e leale collaborazione, così come sancito dalla legge 241/1990 e, recentemente, dal d.lgs. 36/2023. In questo modo viene a configurarsi un nuovo rapporto di tipo orizzontale tra i partecipanti alla selezione. Ciò comporta che mentre l'amministrazione deve esercitare a favore dell'operatore economico una funzione di protezione o, secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, la stessa è tenuta ad obblighi connessi a diritti soggettivi, il cives va incontro ad una più accentuata responsabilizzazione, che deve essere presente nel corso del procedimento e del processo>> (Cons. Stato, n. 10744 del 2023). In ottemperanza al dovere di buona fede, il privato è tenuto a fornire all'Amministrazione ogni elemento potenzialmente rilevante ai fini della valutazione della sua affidabilità (Adunanza Plenaria, sentenza n. 16 del 2020). Gli obblighi informativi sanciti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. hanno per oggetto elementi rilevanti in funzione degli illeciti professionali di cui la stazione appaltante dovrà poi valutare la gravità e la rilevanza rispetto al giudizio di integrità e affidabilità” (Cons. di Stato, Sez. V, 11.09.2025, Sent. n. 7282).

A fronte di fattispecie idonee a essere configurate come illeciti professionali non è pertanto configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 453211 giugno 2018, n. 3592 19 novembre 2018, n. 6530).

In ragione di quanto sopra osservato, a fronte dell'omissione dichiarativa dell'aggiudicataria, certamente non riconducibile ad un'ipotesi di esclusione automatica ex art. 94 D.Lgs 36/2023, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto svolgere una valutazione in concreto sull'attendibilità e sulla rilevanza delle informazioni stesse, nonché sulla capacità del comportamento tenuto dall'operatore economico di incidere sul giudizio di integrità e di affidabilità.

Risulta illegittima l'esclusione di una tale valutazione sull'unico presupposto che il reato in questione non sia sussumibile tra quelli elencati dall'art. 94 comma 1 Codice dei Contratti Pubblici. La motivazione si rivela inidonea a sorreggere la determinazione finale di conferma dell'aggiudicazione, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle esposte argomentazioni, nonché del completo esame di tutti gli elementi di ordine fattuale e giuridico che, nella concreta fattispecie, risultino rilevanti in quanto potenzialmente incidenti sull'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).

L'accoglimento della censura non conduce all'esclusione dell'aggiudicataria ma al rinnovo del procedimento valutativo in capo alla stazione appaltante, non essendo ammissibile un sindacato sostitutivo. In tal senso: *“Trattandosi di valutazione ampiamente discrezionale, alla sua mancanza non può ovviare il giudice amministrativo, il quale, in applicazione del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ex art. 34, comma 4, Cod. proc. amm. e in considerazione dell'eccezionalità della giurisdizione di merito, ammessa nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge, non può sostituirsi alla stazione appaltante nella valutazione di affidabilità professionale dell'operatore economico. Spetta infatti soltanto alla stazione appaltante valutare gli illeciti professionali, la loro incidenza sull'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a comprometterla, [...]”* (Cons. di Stato, Sez. V, 05.12.202, n. 10607).

La valutazione che si pone in capo all'amministrazione resistente, tenendo presente quanto statuito nella presente decisione, dovrà riguardare:

- l'apprezzamento dell'esistenza di elementi sufficienti a integrare il grave illecito professionale, il quale “può” essere desunto al verificarsi di una delle situazioni indicate al comma 3;
- la valutazione in merito all'idoneità dell'illecito a incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore, tenendo conto delle circostanze indicate al comma 4 e al comma 5 dell'art. 98 D.Lgs. 36/2023;

- la valutazione in ordine alle prove dell'illecito, atteso che, pur a fronte della tipizzazione dei mezzi di prova, è rimesso all'Amministrazione l'apprezzamento circa la portata degli elementi acquisiti.

In conclusione:

- l'impugnazione proposta con il ricorso introduttivo risulta in parte infondata e in parte improcedibile;

- l'impugnazione proposta con il ricorso per motivi aggiunti deve essere accolta, nei sensi sopra esposti e, per l'effetto, deve essere disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore della società -OMISSIS- srl e del conseguente provvedimento del 18.10.2025 di conferma dell'aggiudicazione della gara in favore del medesimo concorrente.

In conseguenza dell'esito del giudizio, la Stazione appaltante dovrà, dunque, rinnovare l'istruttoria in relazione al possesso dei requisiti di onorabilità professionale in capo a -OMISSIS- srl, aggiudicataria, e pronunciarsi al riguardo con un provvedimento espresso.

Stante l'incertezza del risultato della riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, vanno respinte sia la domanda di reintegrazione informa specifica, sia quella di risarcimento del danno per equivalente, proposte con il ricorso introduttivo e reiterate con il ricorso per motivi aggiunti.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio, in ragione della novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

- dichiara l'impugnazione proposta con ricorso introduttivo in parte infondata ed in parte improcedibile;

- accoglie l'impugnazione proposta con il ricorso per motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento del provvedimento di

aggiudicazione della gara in favore della società -OMISSIS-srl e il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione a favore del medesimo concorrente.

Spese compensate.

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

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Luigi Rossetti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luigi Rossetti

IL PRESIDENTE

Maria Ada Russo

IL SEGRETARIO

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