

Publicato il 30/05/2023

**N. 03297/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01484/2023 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1484 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Russo e Denis Scarmozzino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio Giuseppe Russo in Napoli, via Cesario Console 3;

***contro***

S.M.A. - Sistemi per la Meteorologia e L'Ambiente - Campania S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 37;

***nei confronti***

-OMISSIS- S.r.l., -OMISSIS- S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Domenico Vitale e Gabriele Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

*A)per quanto riguarda il ricorso introduttivo:*

- a) del provvedimento prot. n. 4549/2023, in data 21.3.2023, a firma del R.U.P. della gara indetta da S.M.A. Campania S.p.A. per l'affidamento del servizio di movimentazione interna, prelievo, trasporto e smaltimento finale dei rifiuti fanghi, vaglio e sabbie, classificabili come speciali non pericolosi ai sensi dell'art. 184 del decreto legislativo n. 152/2006 e s.m.i., prodotti dall'impianto di depurazione di Napoli Est e dall'impianto di grigliatura di Foce Regi Lagni, con il quale è stata disposta la revoca della proposta di aggiudicazione e l'esclusione della società ricorrente;
- b) del verbale di proposta di esclusione della ricorrente prot. n. 4453/2023, in data 20.3.2023, con il quale il R.U.P. ha proposto al CDA l'esclusione della società ricorrente dalla gara;
- c) del verbale in data 20.3.2023, prot.n. 4537/2023 del 21.3.2023 con il quale il CDA ha preso atto della comunicazione arrivata dal RUP ing. Francesco Pirozzi, prot. n. 4453/2023 del 20.3.2023 di proposta di esclusione della società ricorrente dalla gara;
- d) di ogni altro atto premesso, connesso, e consequenziale comunque lesivo degli interessi della società ricorrente, ivi compreso, per quanto occorrer possa, delle note di S.M.A. Campania S.p.A., in data 6.3.2023 prot. n. 3218/2023, e nota in data 15.3.2023, prot. n. 4224/2023, della nota prot. 4712/2023 in data 22.3.2023 non trasmessa alla ricorrente ma all'assicurazione di richiesta di escussione della polizza fidejussoria.

B) *Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- S.r.l. il 12/4/2023:*

e) della determina in data 5.4.2023, n. 39, di approvazione della proposta di aggiudicazione definitiva e di aggiudicazione del servizio al RTI con capogruppo -OMISSIS- s.r.l.;

*nonché per la declaratoria di nullità e/ o inefficacia*

del contratto eventualmente sottoscritto, con espressa dichiarazione di subentro nello stesso per la quale la ricorrente manifesta il consenso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.M.A. - Sistemi per la Meteorologia e L'Ambiente - Campania S.p.A. e di -OMISSIS- S.r.l. e di -OMISSIS- S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 644 del 5.4.2023;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2023 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 24.3.2023, la società -OMISSIS- s.r.l. ha impugnato il provvedimento 21.3.2023 prot.n.4549/2023 con cui la S.M.A. Campania S.p.A., in qualità di stazione appaltante, ha disposto la revoca della proposta di aggiudicazione e l'esclusione della società ricorrente della gara indetta per l'affidamento del servizio di movimentazione interna, prelievo, trasporto e smaltimento finale dei rifiuti fanghi, vaglio e sabbie,

classificabili come speciali non pericolosi ai sensi dell'art. 184 del decreto legislativo n. 152/2006 e s.m.i., prodotti dall'impianto di depurazione di Napoli Est e dall'impianto di grigliatura di Foce Regi Lagni.

Con tale provvedimento, il Responsabile Unico del Procedimento ha posto a fondamento dell'esclusione della società ricorrente (e della conseguente revoca della proposta di aggiudicazione) la valutazione circa il giudizio di affidabilità ed onorabilità dell'operatore economico ritenuto gravemente compromesso da quanto appreso nell'ambito del procedimento penale n.21386/2021 r.g, avente ad oggetto condotte penalmente perseguite, poste in essere da soggetti, pubblici ufficiali e imprenditori finalizzate alla turbativa d'asta di procedura indette proprio dalla S.M.A. Campania S.p.A.

La ricorrente ha prospettato:

- che la questione sulla insussistenza del requisito della moralità professionale del legale rappresentante di -OMISSIS-, era stata resa nota in data 6.3.2023 con nota prot. 3218/2023, evidenziandosi, da parte della S.M.A., la mancata indicazione della condizione di inidoneità nell'ambito del DGUE;
- che in data 9.3.2023, la società ricorrente ha riscontrato la richiesta di chiarimenti avanzata dalla Stazione Appaltante;
- che la S.M.A., con ulteriore nota in data 15.3.2023, ha chiarito come dalla comunicazione del 9.3.2023 non fosse stato possibile evincere con certezza la data in cui il l.r.p.t. della -OMISSIS- avesse avuto cognizione del procedimento penale nel quale risultava indagato per i reati di cui di cui agli artt. 7, commi 2 e 3 legge 195/74 e art. 4, comma 1, legge 659/81;
- che con nota in data 16.3.2023, sono stati forniti gli ulteriori chiarimenti richiesti, comunicando che il legale rappresentante dell'odierna ricorrente fosse stato destinatario, dapprima di un avviso di proroga delle indagini

notificatogli in data 22.12.2022 e, successivamente, di un Decreto di Perquisizione notificato in data 20 febbraio 2023;

- che comunque la S.M.A Campania S.p.A. con provvedimento prot. n. 4549/2023, in data 21.3.2023, ha disposto la revoca della proposta di aggiudicazione e l'esclusione della società ricorrente dalla gara.

2. Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

*I) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Difetto di motivazione e carenza istruttoria. Violazione dell'art. 97 cost. Eccesso di potere. Contraddittorietà.*

La ricorrente ha negato di aver posto in essere omissioni informative ed ha comunque censurato la mancata contestazione – in concreto – da parte della s.a. dell'effetto che tali eventuali omissioni avrebbero avuto sulla gara, tenuto altresì conto della fase “ embrionale” del procedimento penale.

*II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett.c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Difetto di motivazione e carenza istruttoria. Violazione dell'art. 97 cost. Eccesso di potere. Sviamento. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.*

La ricorrente ha contestato le motivazioni addotte dalla s.a. in ordine alla esclusione dalla gara, per fatti che – a suo parere – non denoterebbero una gravità tale da giustificare e legittimare la misura adottata.

*III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett.c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Difetto di motivazione e carenza istruttoria. Violazione dell'art. 97 cost. Eccesso di potere. Sviamento. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.*

La -OMISSIS- ha altresì contestato l'automatismo espulsivo applicato dalla s.a. a fronte di una dichiarazione classificata quale omissione dichiarativa, senza motivare in ordine alle conseguenze concrete che tale omissione avrebbe avuto sull'esito della gara (così come previsto dall'art. 80, comma

5, lett. c) ora c - bis) d.Lgs. n. 50/2016)

Peraltro, il sig. -OMISSIS- -OMISSIS- avrebbe avuto cognizione delle specifiche contestazioni poste a suo carico nel procedimento penale n. 21386/2012 solo in data 20.2.2023, allorquando gli è stato notificato il decreto di perquisizione locale e personale, dal cui contenuto è venuto a conoscenza della parte descrittiva del capo di imputazione e quindi di essere indagato per i reati di cui agli artt. 7, commi 2 e 3 legge 195/74 e art. 4, comma 1, legge 659/81, circostanza a lui ignota alla data di partecipazione alla gara (11.2.2023).

3. Si è costituita -OMISSIS- s.r.l., la quale ha evidenziato che la stazione appaltante ha correttamente espresso il proprio discrezionale giudizio circa l'affidabilità e l'onorabilità dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara, ritenendo detto giudizio gravemente compromesso. Si sarebbe trattato, dunque, non di una espulsione automatica ma dipendente da una valutazione in concreto, peraltro aggravata dall'omissione, da parte della ricorrente, della indicazione del procedimento penale di cui la stessa era già a conoscenza sin dal 22 ottobre 2022.

In ordine alla tipologia di reati contestati, la controinteressata ha evidenziato che essa farebbe parte di un più ampio sistema corruttivo finalizzato proprio ad ottenere vantaggi nell'ambito delle procedure di gara gestite dalla SMA.

4. Si è costituita la S.M.A. Campania, riepilogando i fatti e evidenziando di aver acquisito l'Ordinanza di custodia cautelare 37/2023 del 21.3.2023, emessa dal G.I.P. in pari data, il quale, pur rigettando la richiesta dei PP.MM. di applicazione di misure cautelari a carico del l.r.p.t. della -OMISSIS- descriveva un quadro complessivo di irregolarità che investiva, a più riprese, anche la ricorrente, così confermando le motivazioni della

stazione appaltante, già emerse e di per sé idonee a sostenere la revisione dell'esito di gara.

Nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso.

5. Con ordinanza 644 del 5.4.2023, questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato, ritenendo che nella decisione della s.a. non vi sia stato alcun automatismo espulsivo e che vi sia stata una valutazione discrezionale, e non automatica, della sulla affidabilità ed onorabilità dell'operatore economico, ritenuto gravemente compromesso da quanto

appreso nell'ambito del procedimento penale n.21386/2021 r.g., che ha ad oggetto condotte criminose poste in essere da pubblici ufficiali e imprenditori finalizzate alla turbativa d'asta di procedura indette proprio dalla S.M.A. Campania S.p.A.

6. Con motivi aggiunti notificati il 12.4.2023, la ricorrente ha impugnato altresì, per illegittimità derivata, la determina in data 5.4.2023, n. 39, di approvazione della proposta di aggiudicazione definitiva e di aggiudicazione del servizio al RTI con capogruppo -OMISSIS- s.r.l.

7. La S.M.A. Campania, con successiva memoria difensiva, ha dato atto che la -OMISSIS- ha impugnato l'ordinanza cautelare 644/2023 davanti al Consiglio di Stato (R.G. n. 3181/2023, con c.c. fissata al 27.4.2023), e ha riproposto le precedenti difese.

8. Con successiva memoria, la S.M.A. ha riferito che il Consiglio di Stato, con decreto n. 1392 del 8.4.2023, aveva respinto l'istanza di sospensione d'urgenza dell'ordinanza cautelare di primo grado, "tenuto conto, per di più, dell'imminente discussione del merito in primo grado".

9. Le resistenti hanno chiesto il passaggio in decisione senza discussione.

10. All'udienza del 9.5.2023, presente il difensore della ricorrente, la causa è

stata trattenuta in decisione.

11. Va dato atto che, all'esito della c.c. del 27.4.2023, il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1676/2023, ha dichiarato l'improcedibilità dell'appello cautelare per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto, con deposito del 26.4.2023, l'appellante ha dichiarato di non avere più interesse alla decisione della domanda cautelare e ha chiesto la declaratoria di improcedibilità del relativo appello cautelare (con compensazione delle spese), visto il deposito in giudizio della determina di aggiudicazione dell'appalto, che ha determinato un nuovo assetto degli interessi che non può essere soddisfatto dall'eventuale accoglimento dell'appello.

12. Nel presente giudizio di primo grado, il provvedimento gravato in via principale rimane quello sub a), ossia il provvedimento prot. n. 4549/2023, del 21.3.2023, con il quale il R.U.P. ha disposto la revoca della proposta di aggiudicazione e l'esclusione della società ricorrente dalla gara indetta da S.M.A. Campania.

Infatti, con i motivi aggiunti è stata impugnata l'aggiudicazione a - OMISSIS- s.r.l., ma solo in via derivata (tanto è che – stante il mancato ampliamento del *thema decidendum* – la ricorrente ha dichiarato di non essere tenuta a pagare il contributo unificato).

12.1. Il ricorso è infondato.

Deve ribadirsi quanto già chiarito in sede cautelare, in ordine alla circostanza che – a parere del Collegio – la prospettazione della ricorrente circa la violazione dell'art. 80 comma 5 d.lgs. 50/2016, per essere stato posto in essere un automatismo espulsivo vietato, non può essere accolta.

Sul punto, non può prescindersi dal contenuto del provvedimento impugnato, lungo ben cinque pagine e debitamente motivato.

In esso, il R.U.P. ha dato atto:

- che nel corso della fase di comprova dei requisiti dichiarati (a partire dalla nota prot. n. 3218 del 6.3.2023) è emersa un'omessa dichiarazione ritenuta rilevante e, in quanto tale, idonea ad inibire il completamento dell'iter di cui all'art. 32 del D.Lgs. n. 50/2016;
- che la condizione appresa è concretamente idonea ad incidere sulla moralità professionale dell'operatore, senza che quest'ultimo ne avesse dato evidenza nel DGUE;
- che l'omissione ha assunto "contorni di estrema attualità" in virtù del fatto che il precedente 21.02.2023 (con prot. aziendale n. 2586/2023) era stato notificato alla S.M.A Campania S.p.A. il Decreto di perquisizione locale e personale emesso dalla Procura della Repubblica di Napoli nell'ambito del procedimento penale n. 21386/2021 R.G.N.R., nel quale veniva formalizzato il coinvolgimento diretto del l.r.p.t della -OMISSIS-s.r.l. in gravi ipotesi di reato, nelle quali era peraltro coinvolto l'allora l.r.p.t. proprio della S.M.A Campania;
- che quindi è stata intrapresa una interlocuzione con la -OMISSIS-, al fine di "fornire informazioni di maggiore dettaglio che consentissero alla S.A. di appurare la rilevanza delle circostanze rappresentate nel Decreto di perquisizione", anche in forza della rilevanza, oltre che dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei Contratti pubblici, del contesto regolamentare interno, caratterizzato dal coacervo di Codice Etico, Protocollo di Legalità e MOG 231, tutti indistintamente tesi ad evitare di convenzionare oo.ee. allorquando emergano fatti idonei ad incidere sulla moralità professionale dei fornitori;
- che il 9.3.2023, l'impresa ha allegato copia del decreto, sottolineando che a carico del l.r. non fossero state assunte perquisizioni, misure penali preventivo/cautelari e che, altresì, non fosse sopraggiunto alcun

provvedimento di chiusura delle indagini/rinvio a giudizio, il che avrebbe escluso l'esistenza di un onere dichiarativo;

- che la s.a. ha evidenziato, con nota del 15.3.2023, che dalla comunicazione del 9.3.2023 non è stato possibile evincere — nonostante la univoca richiesta in tal senso - la data in cui il l.r.p.t. avesse acquisito cognizione del procedimento penale n. 21386/2021 R.G. P.M. della Procura della Repubblica di Napoli, nel quale risultava indagato per i reati di cui agli artt. 7 commi 2 e 3 della L. n. 195/1974 e art. 4, comma 1, della L. n. 659/1981;

- che il 16.3.2023, la -OMISSIS- S.r.l. ha comunicato che già in data 22.10.2022 si fosse vista notificare un avviso di proroga indagini ma di non averne dato contezza in sede di DGUE non conoscendo nel dettaglio le circostanze di fatto contestate dalla Magistratura inquirente, trattandosi di un mero elenco di soggetti indagati ed ivi venendo evidenziata esclusivamente la matrice normativa dei reati contestati;

-che, “tenuto conto della manifesta omissione dichiarativa, che avrebbe potuto facilmente essere evitata riportando il testo degli articoli di legge richiamati già nell'avviso di proroga delle indagini, e della gravità dei reati contestati dall'A.G.,” la S.M.A Campania ha ravvisato le condizioni per procedere alla revoca della proposta di aggiudicazione e alla contestuale esclusione della -OMISSIS- S.r.l. dalla procedura selettiva, in quanto:

- i) la -OMISSIS- era a conoscenza del procedimento penale a carico del l.r. quantomeno sin dal 22.10.2022, data che precedeva di gran lunga il termine ultimo di presentazione delle offerte (11.2.2023);
- ii) pur volendo sorvolare sulla non perspicua risposta fornita il 9.3.2023, che ha reso necessario un supplemento di richiesta, e anche a voler offrire piena comprensione alla circostanza che fin alla data del 21.2.2023 la -OMISSIS- non avesse avuto occasione di comprendere quale fattispecie

specifica di reato fosse stata contestata al l.r.p.t., appare evidente che l'arco ricompreso tra la data di notifica della proroga delle indagini (22.10.2022) e il termine ultimo di ricevimento delle offerte di gara (11.2.2023) costituisce un congruo ordine temporale per avere contezza se non altro della tipologia penale in rilievo, dell'A.G. precedente e del numero del procedimento penale;

iii) dall'analisi del contenuto del Decreto di Perquisizione notificato il 21.2.2023 emerge come il l.r.p.t. avesse già designato il proprio avvocato di fiducia e potesse, pertanto, avere piena contezza dei reati contestati (finanziamento illecito ai partiti);

iv) dall'Allegato 1 alla comunicazione del 9.3.2023 è emerso che la - OMISSIS- ha ricevuto la notifica del Decreto di perquisizione prima della stessa S.M.A Campania e, segnatamente, in data 20.2.2023. Pertanto, tenuto conto dell'esigenza di integrare in ogni fase del procedimento selettivo le proprie dichiarazioni di gara, offrendo alla S.A. ogni elemento utile per avere piena contezza delle condizioni di partecipazione dell'o.e., la - OMISSIS-, ancor più quando ha appreso (22.2.2023) della propria condizione di "proposta per l'aggiudicazione", avrebbe potuto e anzi dovuto offrire comunicazioni a riguardo, senza aspettare il successivo (eventuale) rinvio a giudizio;

v) l'operatore economico non può decidere a priori di discernere il quadro di addebiti da dichiarare, proprio perchè la stazione appaltante non è in grado, di regola, di ricostruire i fatti da cui desumere il grave illecito professionale, ove essi non siano stati segnalati dal concorrente, che quindi ha l'obbligo di indicarli, e viene infatti escluso se presenta dichiarazioni non veritiere (art. 80, comma 5, lett. f-bis), o se ometta le informazioni dovute (art. 80, comma 5, lett. c-bis);

vi) secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza, la dichiarazione deve quindi essere onnicomprensiva e fornire "quante più informazioni possibili", purché pertinenti, in linea astratta, rispetto al giudizio della stazione appaltante in ordine alla affidabilità ed integrità del concorrente (per cui devono essere certamente dichiarati tutti i fatti che siano stati, o siano, oggetto di procedimento penale nel triennio antecedente);

vii) ne consegue, “con specifico riferimento agli indirizzi di Plenaria (cfr. Decisione n. 16/2020), pur in assenza dei casi tassativi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 80 del Codice., l'evidenza di situazioni che incidono, sotto diverso angolo di tiro e nell'esercizio dello scrutinio cd. discrezionale della s.a., sull'affidabilità dell'o.e. e che non possono fare a meno di indurre, ancor più per il contegno dichiarativo serbato dall'o.e. sin dalla predisposizione del DGUE, all'esclusione della -OMISSIS-, data la concorrenza dei seguenti elementi”, specificamente indicati e dunque:

a) omessa dichiarazione del procedimento penale, benchè fosse già conosciuto prima della domanda di partecipazione;

b) omesso aggiornamento dichiarativo anche allorquando la fattispecie penale è divenuta di maggiore comprensione per il concorrente, tanto più allorquando ha acquisito la veste di proposto per l'aggiudicazione;

c) rilevanza dei fatti non dichiarati nel bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, ivi compresi il *favor admissionis* da un lato e il rigore sui presidi di legalità dall'altro lato, sulla moralità e affidabilità dell'o.e., tanto più se si considera la particolare tenuta del quadro normativo e delle disposizioni regolamentari interne adottate dalla Committenza a tal fine.

Il provvedimento si conclude motivando nel senso che, alla luce di quanto illustrato, “tenuto conto in ogni caso della gravità del contesto emergente dalle indagini in corso e dei pertinenti presidi di legalità che vengono

prescritti in capo agli oo.aa. contraenti dal Codice Etico, dall'adesione al Protocollo di Legalità rifluita tra gli atti di gara e dal Patto di integrità richiesto in sede di stipula del contratto”, si è reputata rilevante l'omessa indicazione e/o integrazione del DGUE di gara e in ogni caso sussistenti le condizioni per procedere alla revoca della proposta di aggiudicazione e alla contestuale esclusione della -OMISSIS- dalla procedura di gara.

13. Orbene, alla luce dei contenuti del provvedimento, appare evidente che nessuno dei motivi di ricorso sia fondato.

In primo luogo, l'omissione informativa emerge *per tabulas* dall'esame della corrispondenza tra le parti, puntualmente riportata nel provvedimento di revoca/esclusione.

Tale omissione, iniziata sin dalla presentazione delle offerte e perpetrata per tutta la durata della gara (come puntualmente osservato dalla s.a.), ha condotto a un giudizio di complessiva inaffidabilità della -OMISSIS-, sul quale hanno inciso non solo le omissioni dichiarative, ma anche la circostanza che i reati contestati coinvolgessero anche rappresentanti della S.M.A Campania (evidentemente sostituiti).

Sul punto, come hanno chiarito a più riprese sia la stazione appaltante sia la controinteressata, non ha alcun impatto negativo la decisione dell'Ad. Pl. del Cons. St. 16/2020, la quale ha ribadito che l'omissione informativa di cui alla lett. c-bis dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici. ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, rileva, oltre che nei casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quando incida evidentemente sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, senza determinare alcun automatismo espulsivo.

Il Supremo Consesso, nel corpo della motivazione, ha chiarito che la

comunicazione delle informazioni e l'obbligo delle dichiarazioni “è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente” e che “l'inadempimento giustifica invece l'esclusione”. “Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono tra i preminenti valori giuridici che presiedono alle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dall'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, come ricordato dalla Sezione rimettente, deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora lett. c-bis)], è *una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee-guida emanate in materia dall'ANAC, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80 (linee-guida n. 6 del 2016; al riguardo si rinvia al parere reso dalla commissione speciale di questo Consiglio di Stato appositamente costituita sull'ultimo aggiornamento alle più volte richiamate linee-guida: parere del 13 novembre 2018, n. 2616; § 7.1; cfr. inoltre: Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850, 12 marzo 2020, n. 1774, 12 aprile 2019, n. 2407, 12 febbraio 2020, n. 1071; VI, 4 giugno 2019, n. 3755).”

Peraltro, sempre l'Adunanza Plenaria fa un passaggio significativo sulla “ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi”, ammettendola quando si tratti “di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso.”

Non v'è chi non veda che la vicenda sottoposta al giudizio della Sezione, si

attaglia perfettamente ai parametri sopra illustrati: accanto alla valutazione in concreto di quanto accaduto e alla puntuale ricostruzione, anche in termini di volontà omissiva dell'operato della -OMISSIS-, la stazione appaltante ha motivato puntualmente le ragioni per cui un operatore economico che abbia commesso reati – di cui era a conoscenza da mesi senza dichiararli– che coinvolgevano direttamente i precedenti vertici sociali della stazione appaltante, non possa che essere destinatario di una esclusione dalla gara, anche se di questa sia stato, per un breve periodo di tempo, l'aggiudicatario *provvisorio*.

La S.M.A Campania, peraltro, ha effettuato tutti i passaggi richiesti dalla citata pronuncia Plenaria: i) stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante (e nel caso lo è, nella forma della omessa dichiarazione); ii) se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni (e nel caso lo è, in quanto la gara non sarebbe stata aggiudicata a un soggetto che è risultato indagato insieme ai vertici della stazione appaltante che era in procinto di aggiudicare la gara); iii) ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incide in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità (e anche questo, la S.M.A l'ha chiarito nel provvedimento impugnato).

D'altra parte, è difficilmente dimostrabile che possa essere ritenuto “ affidabile” un soggetto indagato per aver commesso reati in concorso con i legali rappresentanti della società che doveva aggiudicargli la commessa pubblica.

Al di là di quanto possa emergere dal prosieguo delle indagini, e prescindendo quindi dalla natura più o meno afflittiva delle misure adottate, è del tutto normale che un giudizio di affidabilità fosse impossibile da emettere, se non altro a tutela degli altri partecipanti alla gara, oltre che della regolarità dell'affidamento in sé: volendo dirla in termini meno

giuridici e più pratici, chi affiderebbe una commessa pubblica a un soggetto indagato, che ha omesso di comunicare (pur avendo avuta plurima possibilità di farlo) di esserlo e peraltro in una fattispecie criminosa che vede coinvolti proprio i vertici della società che deve aggiudicare l'appalto?

La risposta l'ha fornita il RUP, con una motivazione esaustiva, immune da vizi e connotata da ampia discrezionalità, che, lungi da costituire un automatismo espulsivo, rientra perfettamente nei casi previsti dall'art. 80 cit., come interpretato dall'Adunanza Plenaria.

13.1. La risposta al secondo motivo di ricorso l'ha fornita la decisione su quello precedente, posto che la gravità in concreto del procedimento penale a carico degli indagati non è elemento di per sé dirimente ai fini dell'esclusione e comunque nel caso specifico la stazione appaltante ha parametrato la gravità dei reati contestati al caso concreto (tenuto conto dei soggetti coinvolti e del sistema criminale che vede coinvolti proprio i vertici di S.M.A Campania) e agli effetti che l'omissione informativa poteva avere e avrebbe avuto sulla gara in sé.

È evidente che all'Amministrazione non compete né un giudizio di prognosi *ex ante* del procedimento penale - ma una decisione che abbia effetti al momento dell'aggiudicazione - né tantomeno una valutazione di gravità dei fatti di reato alla luce del procedimento penale (come vorrebbe la ricorrente, che fa leva sull'assenza di misure cautelari personali etc).

La S.M.A. ha evidenziato sia il peso dell'omissione informativa in relazione alle circostanze di tempo e luogo, sia l'esistenza di una serie di attività non certo irrilevanti da parte della Procura, quale il decreto di perquisizione e l'ordinanza cautelare 37/2023 del 21.3.2023, emessa dal G.I.P. in pari data, il quale, pur rigettando la richiesta dei PP.MM. di applicazione di misure cautelari a carico del l.r.p.t. della -OMISSIS-, descriveva un quadro

complessivo di irregolarità che investiva, a più riprese, anche la ricorrente, così confermando le motivazioni della stazione appaltante, già emerse e di per sé idonee a sostenere la revisione dell'esito di gara.

13.2. Il terzo motivo di ricorso è respinto sulla base di quanto detto, senza inutili ripetizioni.

14. I motivi aggiunti, basati sulla sola censura di illegittimità derivata, sono dunque improcedibili per carenza di interesse.

15. In conclusione, il ricorso principale va respinto, i motivi aggiunti vanno dichiarati improcedibili.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara improcedibili i motivi aggiunti.

Condanna -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese processuali in favore di S.M.A. - Sistemi per la Meteorologia e L'Ambiente - Campania S.p.A., e -OMISSIS- S.r.l., - OMISSIS- S.p.A., che liquida in euro 2000,00 cadauno, oltre accessori di legge, con attribuzione ai procuratori antistatari di -OMISSIS- s.r.l.

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

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

di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti e i procedimenti penali.  
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2023  
con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Barbara Cavallo**

**IL PRESIDENTE**  
**Anna Pappalardo**

**IL SEGRETARIO**

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