



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 519 del 2017, proposto dalla Senesi s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso lo studio Domenico Pitruzzella in Palermo, via Nunzio Morello 40;

contro

Igm Rifiuti Industriali s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Rotigliano e Diego Quercioli Dessena, con domicilio eletto presso lo studio del primo dei due in Palermo, via Filippo Cordova 95;
Comune di Caltanissetta, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA – PALERMO, Sez. III, n. 1210/2017, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della determinazione dirigenziale n. 88 del 6 febbraio 2017 - Reg. Dirig. n. 32 del 2 febbraio 2017, con la quale il Comune di Caltanissetta ha aggiudicato alla controinteressata l'appalto del "servizio di raccolta,

trasporto dei RSU, spazzamento e servizi di igiene ambientale dell'ARO di Caltanissetta nelle more dell'attuazione del Piano di intervento Durata anni uno rinnovabile per mesi sei".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Igm Rifiuti Industriali s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Lucchetti e Riccardo Rotigliano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 Con ricorso al T.A.R. per la Sicilia la s.r.l. IGM Rifiuti Industriali, agendo in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Iseda s.r.l. e S.E.A. s.r.l., impugnava gli atti relativi all'aggiudicazione in favore del R.T.I. della Senesi s.p.a. - mandataria con Eco Burgus s.c. a r.l. della gara d'appalto per il *“servizio di raccolta, trasporto dei RSU, spazzamento e servizi di igiene ambientale dell'ARO di Caltanissetta nelle more dell'attuazione del Piano di intervento Durata anni uno rinnovabile per mesi sei”*, procedura indetta dal Comune di Caltanissetta con determinazione del 17 ottobre 2016 ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente premetteva che tale procedura negoziata era stata indetta dal Comune nelle more della definizione dell'omologa gara avviata presso l'U.R.E.G.A., i cui tempi non sarebbero stati definibili, e che alla gara oggetto di causa avevano partecipato soltanto i due raggruppamenti appena menzionati.

La soc. IGM Rifiuti Industriali (di seguito, la IGM), il cui raggruppamento era risultato il secondo graduato, dolendosi dell'ammissione del raggruppamento controinteressato impugnava tutti gli atti del procedimento, e in particolare la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva n. 88 del 6 febbraio 2017.

Il gravame era affidato a censure che il Tribunale adito avrebbe così sunteggiato.

I-II) VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), D. LG. N. 50/16 - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL PUNTO 4.A-6) DELLA LETTERA DI INVITO, in quanto:

- il legale rappresentante della Senesi s.p.a., nel dichiarare *“di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità (art. 80, comma 5, lett. c)”*, avrebbe reso una dichiarazione quantomeno reticente, non avendo informato la stazione appaltante dell'applicazione di penali, per oltre un milione di euro, con riferimento ad uno stesso contratto di appalto stipulato con il Comune di Aversa; dell'adozione, da parte della Prefettura di Fermo, di un'informativa interdittiva a carico della controinteressata; nonché, dell'applicazione, da parte della Città Metropolitana di Napoli, di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 258, co. 2, d. lgs. n. 152/2006, per l'omessa tenuta del registro di carico e scarico ai sensi dell'art. 190 del citato decreto;

- Eco Burgus s.r.l. – Consorzio mandante del raggruppamento di cui è capogruppo la controinteressata - non avrebbe reso nota alla stazione appaltante l'adozione di un'informativa interdittiva, da parte della Prefettura di Palermo, a carico di un'impresa socia del Consorzio ed estromessa già al momento di partecipazione alla gara; situazione, dalla quale era già conseguita l'esclusione da un'altra gara, ritenuta legittima dal T.A.R. Sicilia con ordinanza n. 1440/2016, confermata dal C.G.A. (ord. n. 70/2017);

III) VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL PARAGRAFO 6 DELLA LETTERA DI INVITO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI

IMPARZIALITÀ DEL SEGGIO DI GARA, in quanto l'attribuzione del punteggio tecnico alla controinteressata sarebbe stata effettuata quando si conosceva già il contenuto dell'offerta della seconda, pur in assenza del confronto a coppie;

IV) VIOLAZIONE DELL'ART. 47, CO. 20, L. REG. N. 5/2014, in quanto la gara in contestazione sarebbe stata di competenza dell'U.R.E.G.A., ai sensi della norma regionale appena citata.

La ricorrente domandava, oltre all'annullamento degli atti impugnati, anche la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra Amministrazione e controinteressata, il conseguimento da parte sua dell'aggiudicazione e del contratto o, in via subordinata, la condanna al risarcimento dei danni per equivalente.

Resisteva all'impugnativa la Senesi s.p.a., che avversava le doglianze della ricorrente adducendo, quanto ai dedotti motivi di esclusione, che gli eventi rappresentati *ex adverso* non sarebbero rientrati tra i propri obblighi dichiarativi, e, in ogni caso, che i medesimi avrebbero dovuto costituire oggetto di un preventivo contraddittorio tra l'Amministrazione e la ditta, senza quindi la possibilità di una sua immediata esclusione.

Resisteva altresì all'impugnativa il Comune di Caltanissetta.

L'Ente rappresentava:

- di aver individuato un proprio bacino territoriale (A.R.O.: Area di Raccolta Ottimale) di dimensione diversa dall'A.T.O. provinciale d'appartenenza, predisponendo il relativo piano d'intervento, approvato dal competente Assessorato regionale;
- di avere, conseguentemente, inviato gli atti all'U.R.E.G.A. di Caltanissetta per l'avvio delle procedure di gara per l'affidamento del servizio integrato di raccolta dei rifiuti urbani per sette anni;

- di avere quindi indetto la procedura oggetto del contendere, nelle more della definizione di tale gara da parte dell'Ufficio Regionale, al fine di far fronte all'esigenza di garantire il servizio (che in atto era gestito dalla ricorrente, prima in virtù di una proroga e, successivamente, sulla base di ordinanze contingibili e urgenti, fino al 31 marzo 2017).

Il Comune controdeduceva indi alle censure di parte ricorrente chiedendo la reiezione del ricorso. Con riferimento al suo quarto motivo, in particolare, eccepiva la sua inammissibilità per mancata impugnazione della lettera di invito *in parte qua*, e nel merito l'infondatezza per l'impossibilità di applicare l'art. 47, comma 20, della L.R. n. 5/2014, anche a seguito dell'emanazione dell'ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione Siciliana del 30 giugno 2016 n. 6, con la quale era stato posto all'U.R.E.G.A. il limite temporale del 15 luglio 2016 per l'accettazione degli atti di gara relativi al servizio integrato di raccolta dei rifiuti.

Il T.A.R. con ordinanza n. 283/2017 (confermata in appello per l'imminenza dell'udienza fissata per la trattazione della causa in sede di merito) accoglieva l'istanza cautelare proposta con il ricorso.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 1210/2017 in epigrafe, accoglieva l'impugnativa.

Il T.A.R. reputava fondato il primo motivo del gravame, con il quale era stata dedotta la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50/2016 con riferimento alle due penali che avevano colpito la Senesi s.p.a. nello svolgimento del contratto d'appalto da essa stipulato con il Comune di Aversa, per un ammontare complessivo di poco superiore al milione di euro.

Il Tribunale, peraltro, proseguiva la propria disamina dell'impugnazione della IGM dichiarando inoltre: assorbito il secondo motivo di ricorso; inammissibile il terzo; infondato il quarto.

3 Seguiva avverso tale sentenza la proposizione del presente appello da parte della soc. Senesi, che riproponeva le proprie difese e sottoponeva a critica gli argomenti con cui il Tribunale le aveva disattese accogliendo il primo mezzo del gravame avversario.

L'originaria ricorrente resisteva all'appello, deducendone l'infondatezza e concludendo per la conferma della sentenza di prime cure.

Le due concorrenti sviluppavano in seguito le rispettive tesi e argomentazioni controdeducendo anche alle reciproche deduzioni con l'ausilio di più memorie e, infine, di scritti di replica.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta infine in decisione.

4 Il Collegio deve preliminarmente dare atto che la sentenza in epigrafe non ha formato oggetto d'impugnativa in relazione ai capi con i quali, rispettivamente, sono stati giudicati inammissibile il terzo motivo del ricorso introduttivo e infondato il quarto.

Con riferimento ai capi appena detti la sentenza del Tribunale risulta pertanto diventata già definitiva per difetto di gravame.

Sempre in via introduttiva, occorre dare altresì atto della mancata riproposizione, da parte della stessa IGM, dei motivi d'impugnazione di prime cure finiti assorbiti dalla decisione in epigrafe (ossia il secondo motivo, ma anche il primo nella parte in cui imperniato su causali ulteriori rispetto alle due penali valorizzate dalla sentenza impugnata). I detti mezzi devono conseguentemente intendersi rinunziati a mente dell'art. 101, comma 2, C.P.A. (*“Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”*).

Il presente giudizio di appello verte, quindi, unicamente sulla contestazione dell'intervenuto accoglimento del primo mezzo del ricorso di prime cure.

5 Tanto premesso, l'appello è fondato.

6a Il motivo accolto dal Tribunale verte sulla dedotta violazione, da parte della Senesi s.p.a., dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50/2016.

Il testo della norma in rilievo è il seguente.

“5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; ...”.

6b La lettera d'invito alla procedura in controversia prevedeva che il partecipante dovesse dichiarare di non trovarsi in alcuna delle condizioni ostative previste dall'art. 80 d.lgs. cit., e precisamente, per quanto d'interesse ai fini di causa, *“di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la integrità o affidabilità del concorrente”*.

La dichiarazione sostitutiva resa sul punto dal legale rappresentante della soc. Senesi ai fini della partecipazione alla gara ha riprodotto la formula appena riportata.

Secondo la prospettazione della ricorrente, però, tale dichiarazione sarebbe stata omissiva, non avendo la dichiarante informato la Stazione appaltante di aver riportato l'applicazione di penali per oltre un milione di euro nello svolgimento di un appalto in corso con il Comune di Aversa. E tale omissione avrebbe dovuto comportare l'esclusione della controinteressata.

6c Passando a dire dell'*iter* logico seguito dal T.A.R. con la propria decisione di accoglimento di siffatta censura, esso può essere schematizzato nei termini che seguono.

In primo luogo: la norma di legge già indicata, attribuendo valore alle *“significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni”*, nel riferirsi così anche ad *“altre sanzioni”*, senza ulteriori specificazioni, si rende applicabile anche all'irrogazione di penali contrattuali, come è stato già riconosciuto sia dalle conferenti Linee guida dell'A.N.A.C. (*“indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice”*), sia dal parere n. 2286/2016 del 26 ottobre 2016 emesso su tali Linee guida dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato.

In secondo luogo, il T.A.R. ha osservato che l'art. 80 d.lgs. cit., *“se con riferimento alla risoluzione del contratto chiarisce che deve trattarsi di una risoluzione anticipata “non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio”, per l'altra fattispecie, relativa all'applicazione di “altre sanzioni”, non fa alcun riferimento all'eventuale contestazione, operando in tal modo una differenza testuale tra gli “effetti giuridici” delle “significative carenze”*.

Dal che il Tribunale ha desunto, in terzo luogo, *“che le concorrenti siano obbligate a dichiarare sempre e comunque l'applicazione delle penali nell'ottica della massima trasparenza”*, dovendo *“le circostanze concrete – quali la tenuità della penale, l'essere stata*

singolarmente applicata o l'essere stata contestata – ... essere offerte alla Stazione appaltante al fine di consentirle l'esercizio del potere discrezionale di valutazione nel modo più compiuto possibile.” Tanto anche in aderenza alle già menzionate Linee guida ANAC n. 6 del 16 novembre 2016, nelle quali si afferma che “La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione.”

Il Giudice di prime cure, una volta poste queste coordinate, con riferimento alla vicenda concreta ha osservato che costituiva un dato incontestato quello dell'avvenuta applicazione a carico della soc. Senesi di due penali, nell'ambito dell'appalto da essa in corso con il Comune di Aversa, a causa del mancato raggiungimento della percentuale di raccolta differenziata e per un ammontare complessivo di poco superiore al milione di euro.

Il Tribunale ha infine aggiunto che, a fronte di tale dato oggettivo, *“la circostanza che, ad avviso dell'impresa, tali penali costituiscano una percentuale minima rispetto al valore del contratto, e che siano state contestate davanti all'autorità giurisdizionale, si traduce in una sostituzione della parte privata alla valutazione che è rimessa alla stazione appaltante, alla quale spetta in via esclusiva la valutazione in ordine alla rilevanza dei fatti e degli eventi occorsi.”*

7 Orbene, il Collegio conviene con il Giudice di primo grado che l'apertura dell'art. 80 cit., comma 5, lett. c), anche ad *“altre sanzioni”* -senza ulteriori specificazioni- renda la relativa causa di criticità potenzialmente ravvisabile anche nel caso dell'irrogazione di una penale contrattuale (come è stato del resto già osservato nel paragr. 8.2 del parere n. 2286/2016 del 26 ottobre – 3 novembre 2016 emesso dalla menzionata Commissione speciale del Consiglio di Stato).

Dissente dal Tribunale, invece, come meglio si vedrà, lì dove questo ha ritenuto che, diversamente da quanto statuito dalla norma legislativa per la risoluzione anticipata del contratto, che può rilevare come indice *ex lege* di *“significative carenze*

nell'esecuzione di un precedente contratto” soltanto ove “non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio,” per le “altre sanzioni”, tra cui quindi anche le penali, la condizione appena detta, per converso, non esisterebbe, e pertanto l'eventuale contestazione in giudizio da parte dell'impresa sanzionata non inciderebbe in alcun modo sulla rilevanza legale dell'evento, ma il medesimo integrerebbe incondizionatamente un indice di riconoscimento ex lege di “significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto”.

7a Prima di approfondire l'esame della norma in rilievo, è opportuno delinearne la struttura di base attraverso le puntuali osservazioni operate in sede consultiva dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel proprio parere n. 2286/2016 del 26 ottobre – 3 novembre 2016.

“L'art. 80, c. 5, lett. c), in combinato con il c. 13, codice, demanda alle linee guida il solo compito di individuare la casistica delle significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti; ma indica già in modo compiuto e tassativo un indice di riconoscimento delle “significative carenze”, ancorato agli effetti giuridici che si sono prodotti, e che sono i seguenti: “risoluzione anticipata del contratto, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero una condanna al risarcimento del danno o l'applicazione di altre sanzioni”. Possono essere considerate come “altre sanzioni”, l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta.

Se, pertanto, in relazione ad un pregresso contratto, non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata “definitiva” perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale “inadempimento contrattuale” non assurge, per legge, al rango di “significativa carenza”.

Si tratta, evidentemente, di una semplificazione “a fini probatori”, in quanto se non si sono prodotti tali effetti tipizzati, è ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato “significativo”.”

7b E' altresì opportuno evidenziare, in punto di fatto, che nella vicenda è incontestato che le penali inflitte dal Comune di Aversa abbiano formato oggetto di contestazione in giudizio da parte della soc. Senesi. Il che è avvenuto dapprima dinanzi al Giudice amministrativo, che però ha declinato la propria giurisdizione (cfr. il ricorso della IGM al T.A.R., a pag. 9), e indi davanti al Giudice civile. Nell'atto d'appello, alla pag. 7, si afferma, infatti, che il relativo giudizio pende dinanzi alla Sezione Specializzata per le Imprese del Tribunale di Napoli con iscrizione al R.G. 29216/16.

7c Venendo al piano dell'interpretazione normativa, il Collegio deve a questo punto osservare senza indugio che la formulazione tipizzatrice recata dall'articolo in esame al comma 5, lett. c), pone in primo piano l'importante ruolo ricoperto per le imprese dalla garanzia giurisdizionale.

Tale elemento si desume non solo dalla circostanza che la paradigmatica evenienza della risoluzione anticipata del contratto vale quale indice patologico *ex lege* soltanto quando la risoluzione stessa sia rimasta "*non contestata in giudizio*", ovvero, nel caso opposto, solo ove sia risultata "*confermata all'esito*" dello stesso giudizio; ma anche dall'ulteriore considerazione che la seconda ipotesi tipizzata dal legislatore nella stessa lett. c) è quella della pronuncia di una "*condanna al risarcimento del danno*", evenienza che postula certamente anch'essa la mediazione e l'accertamento imparziale di un Giudice (cfr. l'appello alla pag. 18).

Quanto alla terza ipotesi della lett. c), quella appunto sottesa alle parole "*ad altre sanzioni*", non è del tutto chiaro sul piano testuale, per la verità, se tali parole debbano ricollegarsi specificamente al sostantivo "*condanna*" ("*condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni*"), con la conseguente conferma anche in questo caso di quanto testé detto sulla necessità di un intervento giudiziale, o le dette parole debbano piuttosto rapportarsi al precedente predicato "*hanno dato*

luogo” (“*hanno dato luogo* ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni”).

Anche a seguire questa seconda opzione, in ogni caso, non sembra possibile interpretare la dizione normativa ritenendo che la sanzione inflitta direttamente dall'Amministrazione possa rientrare nella tipizzazione legislativa che costituisce il nucleo della norma in esame prescindendosi dal rispetto di quella garanzia giurisdizionale che permea comunque di sé, come si è visto, la norma nel suo insieme, presentandosi come un valore cui il legislatore, nello specifico del conflitto d'interessi considerato, ha mostrato di voler assegnare un ruolo essenziale.

7d Questo anche perché la norma, laddove diversamente intesa, assumerebbe una portata apertamente contraddittoria (cfr. appello pag. 19).

Le violazioni più gravi di un'impresa appaltatrice, gravi al punto d'indurre la committente pubblica ad attivare il rimedio risolutorio per far cessare anzitempo il rapporto contrattuale, assumerebbero rilievo patologico *ex lege* solo in via eventuale e differita, a condizione, cioè, che tale risoluzione non fosse stata contestata in giudizio, oppure, in caso di controversia sul punto, ove la risoluzione venisse dal giudizio confermata.

Per converso, le violazioni contrattuali punite con semplici penali, per definizione meno gravi in quanto compatibili con la prosecuzione del rapporto in corso, avrebbero rilevanza immediata quali indici di criticità *ex lege* a carico dell'impresa colpite, che si vorrebbe pertanto passibile di espulsione da qualunque gara secondo l'apprezzamento dell'Amministrazione, salvo poi magari ottenere, a distanza di tempo anche notevole, il riconoscimento giudiziale che la penale era stata irrogata senza fondamento, o anche solo in violazione del criterio di proporzionalità.

7e Se è ben vero, quindi, che tra le “*altre sanzioni*” possono essere incluse anche le penali contrattuali, deve però ritenersi che quando l’applicazione di una “*altra sanzione*” promana da una semplice controparte contrattuale, senza la mediazione dell’Autorità giudiziaria, anch’essa per ragioni di garanzia per l’impresa debba soddisfare, per poter efficacemente integrare la tipizzazione legislativa di cui si è detto, il requisito della definitività o conferma giurisdizionale.

L’esigenza di coordinare l’unilateralità dell’irrogazione delle penali contrattuali con i contenuti di garanzia della norma in esame porta a concludere, in altre parole, che le prime solo quando siano corredate del requisito appena detto possono soddisfare quell’indice di riconoscimento delle “*significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto*” che è stato ancorato dalla legge agli effetti giuridici prodotti.

7f Il Collegio in definitiva ritiene, dunque, che anche per le “*altre sanzioni*” sia implicita, nell’art. 80 d.lgs. cit., quella condizione della “non contestazione” o “definitività” che la norma espressamente impone per la risoluzione anticipata.

Né vale opporre la diversa impostazione delle Linee guida assunte in questa materia dall’A.N.A.C., atteso che le stesse sono prive, almeno su questo tema, di valenza vincolante (cfr. il parere della Commissione speciale cit., al paragr. 4), avendo solo una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti.

7g Da quanto precede può desumersi, allora, che la specifica dichiarazione omessa da parte della soc. Senesi non poteva, in realtà, reputarsi dovuta. Posto che le penali in discussione erano ancora *sub iudice*, esse non integravano *ex lege* una “*significativa carenza nell’esecuzione di un precedente contratto*”, bensì rimanevano fuori della tipizzazione costituente il nucleo della pertinente norma di legge a base della dichiarazione sostitutiva da rendere.

La detta dichiarazione omessa non poteva ritenersi dovuta, inoltre, nemmeno alla luce dei contenuti della *lex specialis*, la quale non recava una prescrizione impositiva

di un obbligo di dichiarare le penali riportate pur se ancora *sub judice*, o comunque di comunicare il fatto oggettivo di qualsiasi provvedimento intervenuto astrattamente idoneo a porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente (rendendo così evidente che qualsiasi giudizio sulla rilevanza concreta dei fatti sarebbe stato riservato alla Stazione appaltante), ma si limitava alla generica e ambigua locuzione qui sopra riportata al paragr. 6b, con cui si chiedeva al concorrente, in pratica, essenzialmente se si fosse reso "*colpevole di gravi illeciti professionali?*" (il che ben poteva essere negato, in presumibile buona fede, dall'impresa che aveva impugnato le penali inflittele e si trovava in attesa della decisione del Giudice adito).

La dichiarazione mancata a più forte ragione non poteva ritenersi dovuta, infine, in quanto la dichiarazione sostitutiva della soc. Senesi era stata resa solo il 15 novembre 2016, e pertanto prima dell'approvazione e pubblicazione della prima versione delle Linee guida n. 6 dell'A.N.A.C., con le quali soltanto è stato raggiunto un primo grado di chiarezza sull'ampiezza della portata, nel regime del nuovo Codice degli appalti pubblici, della dichiarazione sostitutiva esigibile in questa materia, e sulla possibile rilevanza ai suoi fini anche degli atti applicativi di penali contrattuali.

Per le ragioni appena indicate, la dichiarazione resa dall'attuale appellante non potrebbe quindi essere nemmeno definita come non veritiera. E comunque, e in ultima analisi, alla luce delle condizioni di incompletezza del quadro regolatorio del tempo in cui la dichiarazione sostitutiva è stata resa, l'omissione contestata alla soc. Senesi dovrebbe essere giudicata quantomeno scusabile.

8 In conclusione l'appello della soc. Senesi risulta meritevole di accoglimento, potendo rimanere assorbiti i suoi profili di censura non espressamente considerati. Ne discende che il ricorso di primo grado della soc. IGM deve essere respinto anche in relazione al suo primo motivo, con la conseguente salvezza

dell'aggiudicazione originariamente impugnata (restando comunque impregiudicata, naturalmente, la possibilità delle misure discrezionali di competenza dell'Amministrazione consentite dalla legge).

Le spese processuali dei due gradi del giudizio, stante la novità delle norme applicate e della questione scrutinata, possono essere equitativamente compensate tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella Camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE

Nicola Gaviano

IL PRESIDENTE

Carlo Deodato

IL SEGRETARIO