

N. 04337/2025REG.PROV.COLL.

N. 01028/2025 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1028 del 2025, proposto dalla società - OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9349203661, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Enrico Soprano e Francesco Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2,

***contro***

- -OMISSIS-, non costituite in giudizio;
- la società -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lentini e Italo Rocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Scalfati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

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

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 308/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS-, dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2025, la Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. - Con bando di gara pubblicato in GURI n 94 del 12 agosto 2022 l'ASL Napoli 1 Centro ha indetto la "*Procedura aperta per l'affidamento del servizio di Trasporto Primario per l'Emergenza Territoriale 118 per: nr. dodici postazioni H24 tipo B; nr. tre postazioni H 12 tipo B e Trasporto Secondario per il Servizio dializzati per: nr. sei postazioni H12 Tipo B da effettuarsi nell'ambito territoriale dell'ASL Napoli 1 Centro*", per un importo complessivo triennale pari a € 16.907.734,71 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato, nei termini previsti (23 settembre 2022) l'odierna appellante -OMISSIS- (in seguito anche -OMISSIS-) nonché il RTI -OMISSIS- (in seguito anche -OMISSIS-) (mandataria) -OMISSIS- (mandanti).

Successivamente, all'esito delle operazioni di gara, la -OMISSIS- si è classificata al primo posto in graduatoria, seguita dal RTI -OMISSIS--OMISSIS-

1.1 - Quest'ultimo, in data 17 marzo 2023, ha formulato alla stazione appaltante istanza di esclusione della -OMISSIS- per alcuni asseriti illeciti professionali non dichiarati.

1.2 - L'ASL Napoli 1 Centro ha quindi avviato un procedimento di valutazione con la -OMISSIS-, conclusosi positivamente come da verbale dell'8 maggio 2023.

1.3 - Con determina dirigenziale n. 1865 del 15 maggio 2023 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della -OMISSIS- S.r.l.

2. - Con ricorso, integrato da motivi aggiunti, RG. n. -OMISSIS-/2023 il RTI -OMISSIS- ha impugnato tale provvedimento, unitamente al verbale del 3 febbraio 2023, con il quale il seggio di gara ha ammesso -OMISSIS- alla procedura; la -OMISSIS- -OMISSIS- ha proposto ricorso incidentale nei confronti del RTI -OMISSIS-.

2.1 - Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 6475 il Tar Napoli, Sez. V, ha accolto i primi tre motivi di ricorso della -OMISSIS-, concernenti l'asserita illegittimità della valutazione svolta dalla stazione appaltante in punto di affidabilità professionale della aggiudicataria -OMISSIS- -OMISSIS- *ex art.* 80, co. 5, D.lgs. n. 50/2016, disponendo la riedizione del procedimento di valutazione, rigettando nel contempo il ricorso incidentale formulato dalla -OMISSIS-.

2.2 - La sentenza n. 6475/2023 del Tar Napoli è stata appellata dalla -OMISSIS- con ricorso rg n. 1934/2024.

3. - Nel contempo l'Amministrazione ha provveduto a dare esecuzione alla sentenza del TAR n. 6475/2023 effettuando la nuova valutazione discrezionale di affidabilità di -OMISSIS- (c.d. 3<sup>a</sup> valutazione): con verbale del giorno 11 marzo 2024, il RUP ha confermato il giudizio di affidabilità della -OMISSIS-; è stata quindi disposta la nuova aggiudicazione alla stessa, con D.D. n 1083 del 18 marzo 2024; a fronte di tale nuova valutazione, peraltro, la -OMISSIS- ha dichiarato nel giudizio di appello la sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione del ricorso rg 1934/2024, che pertanto è stato dichiarato improcedibile.

A questo punto si innesta la controversia in questione.

4. - Con ricorso rg. n. 1961/2025 incardinato dinanzi al TAR Campania, Sezione IX, la società -OMISSIS- ha impugnato:

- la determina dirigenziale dell'A.S.L. Napoli 1 n. 1083/2024 con la quale è stata disposta, a seguito di riesame del procedimento di verifica della affidabilità professionale in esecuzione della decisione del T.A.R. Campania - Napoli (Sez. V) n. 6475/2023, l'aggiudicazione del servizio di trasporto in questione in favore di -OMISSIS-;
- il verbale del RUP prot n. 77196 dell'11 marzo 2024 di conclusione del terzo subprocedimento di verifica della affidabilità professionale del RTI -OMISSIS- - -OMISSIS- oltre a tutti gli atti istruttori e tutti i verbali.

Con tale impugnativa la società -OMISSIS- ha poi chiesto l'accertamento del diritto della società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., alla aggiudicazione della procedura di gara controversa anche previa declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

4.1 - Con tale ricorso -OMISSIS- ha contestato la valutazione svolta dall'ASL in punto di affidabilità

professionale della società -OMISSIS- di cui al verbale del giorno 11 marzo 2024; ha quindi dedotto che era intervenuto un decreto di rinvio a giudizio da parte del Tribunale penale di Pavia a carico di due soci di minoranza della -OMISSIS-, i signori -OMISSIS---e -OMISSIS-, considerati amministratori di fatto della suddetta -OMISSIS-, e che tale circostanza non era stata valutata nel predetto verbale del RUP.

4.2 - Il RUP preso atto di tale istanza, ha esperito il 4° subprocedimento valutativo *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, del d.lgs. n. 50/2016 in contraddittorio con l'aggiudicataria, come sancito dall'ANAC, acquisendo la relativa documentazione.

4.3 – Con la relazione versata in giudizio in data 6 giugno 2024, il RUP ha ritenuto insussistenti i denunciati profili di inaffidabilità professionale della società -OMISSIS- -OMISSIS-.

5. - Tale relazione del RUP è stata impugnata dalla -OMISSIS-con motivi aggiunti.

6. – Con sentenza n. 308/2025, oggetto del presente appello, il TAR Campania, Sez. IX, ha accolto il ricorso della -OMISSIS-annullando l'aggiudicazione disposta con la determinazione dirigenziale n. 1083 del 2024 e dichiarando inefficace il contratto *“ove medio tempore stipulato”*, facendo salvi i successivi provvedimenti dell'Amministrazione *“in sede di riedizione del potere in base ai parametri indicati in motivazione”*.

7. - Avverso tale decisione è stato proposto appello dalla società -OMISSIS-, articolato sulla base di tre motivi; con l'ultimo di essi l'appellante -OMISSIS- ha formulato la domanda di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* con riferimento all'interpretazione dell'art. 57, comma 1, della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui si riferisce alla *“persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo”* chiedendo se la formula *“avente poteri”* si riferisce ai soli poteri assegnati in modo formale, *“di diritto”*, o anche a quelli esercitati in via *“di fatto”*, chiedendo di verificare

anche la compatibilità con la suddetta disposizione della direttiva dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 seguita dalla giurisprudenza nazionale, nel senso di ricomprendervi anche la figura dell'amministratore di fatto.

7.1 - Si è costituita la ASL con memoria del 12 febbraio 2025 chiedendo l'accoglimento dell'appello; in pari data si è costituita anche la società -OMISSIS-la quale, invece, ha insistito per il rigetto dell'impugnazione.

7.2 - Le parti hanno depositato memorie e documenti in prossimità della camera di consiglio fissata per la disamina della domanda cautelare.

7.3 - Alla camera di consiglio del 20 febbraio 2025, sull'accordo delle parti, l'istanza cautelare è stata abbinata al merito.

8. - Nelle more della trattazione della causa nel merito, la ASL ha dato esecuzione alla sentenza qui impugnata n. 308/2015; seguendo pedissequamente le stringenti statuizioni del TAR, l'Amministrazione ha rivalutato la situazione della aggiudicataria ritenendo che ricorressero i presupposti per disporre l'esclusione della società -OMISSIS- -OMISSIS-.

8.1 - La ASL ha quindi adottato, in esecuzione della sentenza esecutiva di primo grado, un nuovo provvedimento di aggiudicazione (determinazione n. 596 del 13 febbraio 2025) in favore della società -OMISSIS-.

8.2 - Tale nuovo provvedimento è stato impugnato dinanzi al TAR Campania dalla società -OMISSIS-; la stessa società ha proposto un ulteriore ricorso, sempre dinanzi al TAR Campania, in tema di accesso; infine, la società -OMISSIS-ha proposto un ulteriore ricorso dinanzi al TAR Campania con il quale ha chiesto l'esecuzione della sentenza n. 308/2025 (che nel frattempo era stata già eseguita), sostenendo che la determinazione impugnata non sarebbe stata soddisfacente.

8.3 - In prossimità dell'udienza di merito le parti hanno depositato documenti, memorie difensive e di replica insistendo nelle rispettive tesi; -OMISSIS- si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

9. - All'udienza pubblica del 15 aprile 2025 la ASL ha chiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo di sentenza; la causa è stata trattenuta in decisione.

Con il dispositivo di sentenza n. 3334/2025 la Sezione ha così statuito:

- ha accolto l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, ha respinto il ricorso di primo grado ed i motivi aggiunti;

- ha condannato l'appellata -OMISSIS- al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio liquidate nella misura di € 3.000,00 ciascuna in favore dell'appellante -OMISSIS- e della ASL Napoli 1 Centro; ha compensato le spese nei confronti della -OMISSIS-.

10. - Svolte queste premesse è possibile procedere alla disamina dell'appello.

10.1 - Deve essere prioritariamente esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata dall'appellata -OMISSIS- sulla base dei suindicati atti sopravvenuti (e, in particolare, della nuova aggiudicazione disposta in favore della stessa -OMISSIS-).

Tale eccezione va respinta: innanzitutto, come già accennato, tale aggiudicazione è stata a sua volta impugnata da -OMISSIS-, dando luogo a un giudizio il cui esito è condizionato dall'esito del presente appello, donde l'impossibilità di affermare che l'appellante non possa ormai più ritrarre alcuna utilità dall'accoglimento della sua impugnazione; in secondo luogo, la stessa Amministrazione, pur non avendo a sua volta appellato la sentenza gravata da -OMISSIS-, si è di fatto associata all'appello di quest'ultima, assumendo di averne disposto l'esclusione e di essere pervenuta a nuova aggiudicazione in favore di -OMISSIS- solo per dare esecuzione alla stringente

decisione del T.A.R., ma di essere interessata alla decisione nel merito del giudizio, tenuto anche conto dei conseguenti aspetti risarcitori.

Ne consegue l'infondatezza della proposta eccezione di improcedibilità.

11. - Il primo motivo di appello così rubricato: “*Erroris in procedendo e iudicando. Violazione dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione di ogni norma e principio in materia di pubbliche gare*”, è articolato sulla base di plurimi profili, indicati in specifici paragrafi.

Con tale motivo vengono dedotte – tra l’altro – anche questioni che si appalesano preliminari, in quanto relative a profili di inammissibilità del ricorso di primo grado, mediante la riproposizione di un’eccezione respinta dal primo giudice.

11.1 - Pertanto, in ordine logico, va primariamente scrutinata la sub-censura del primo motivo di appello (§ 1.5) con cui si assume l’inammissibilità del ricorso di primo grado, per la duplice ragione dell’essere stata l’impugnativa fondata su circostanze già coperte dal giudicato formatosi sulle sentenze del T.A.R. n. 5354/2021 e di questa Sezione n. 6997/2022, nonché già esaminate positivamente – senza pervenire a giudizio di inaffidabilità professionale dell’aggiudicataria - dalla stazione appaltante nel provvedimento conclusivo della seconda verifica (doc. n. 9 depositato da -OMISSIS-in primo grado in data 15 ottobre 2024), mai impugnato dalla ricorrente in prime cure.

11.2 - Tale prospettazione non può essere accolta, atteso che:

- quanto al giudizio concluso con la sentenza n. 6997/2022, è sufficiente rilevare che il relativo giudicato non è opponibile a -OMISSIS-, non essendo stata quest’ultima parte di tale giudizio: tale società ha partecipato alla procedura tramite R.T.I., ma il principio *ne bis in idem* comporta pacificamente che il vincolo del giudicato opera

solo se le parti sono le stesse in senso formale, circostanza che non si ravvisa nella fattispecie;

- quanto alla mancata impugnazione della seconda verifica, ma anche quanto alle stesse conclusioni del giudizio definito con la seconda sentenza n. 6997/2022, in entrambi i casi sia in sede amministrativa che giurisdizionale si è tenuto conto della sola pendenza di un procedimento penale in fase di indagini preliminari, mentre nel caso che qui occupa era sopravvenuto il “*fatto nuovo*” costituito dal rinvio a giudizio: ne consegue che non sussiste l’inammissibilità del ricorso.

11.3 - Tra le parti, invero, è controverso se tale sopravvenienza comportasse per il concorrente un nuovo obbligo dichiarativo, e per la stazione appaltante una nuova valutazione di affidabilità, ma tale questione attiene al merito del giudizio e non all’ammissibilità dell’impugnazione.

11.4 - Ne consegue che le eccezioni di inammissibilità sollevate dall’appellante e condivise della ASL non possono essere accolte.

12. - Va quindi esaminato il primo motivo (§ 1.4) nella parte in cui, viene sostenuto che non vi fosse a carico dell’odierna appellante alcun obbligo dichiarativo specifico ed ulteriore rispetto ai fatti sopravvenuti rappresentati da -OMISSIS-, e oggetto delle nuove verifiche condotte il cui esito è stato poi impugnato in primo grado.

A sostegno di tale tesi l’appellante ha richiamato le Linee guida ANAC n. 6 ed alcuni pronunciamenti della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 2245/2020; n. 6997/22 resa proprio con riferimento al contenzioso tra -OMISSIS- e -OMISSIS-), secondo cui la pendenza di un procedimento penale non integra un’ipotesi di illecito professionale, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. *c*) e *c-bis*), del d.lgs. n. 50/2016, né vi è un obbligo normativo di dichiarare la sussistenza di c.d. “*carichi pendenti*” “*salvo che già non vi sia una condanna in primo grado, ancorché non passata in giudicato*”, con la

precisazione che *“la mancata comunicazione alla stazione appaltante della pendenza, di una indagine penale non esitata tuttora in una sentenza neppure di primo grado non concreta l’ipotesi del mendacio”* (cfr. sentenza n. 6997/22 sopra citata).

12.1 - Inoltre, l’appellante ha rappresentato che non sussisteva l’obbligo dichiarativo anche perché la vicenda di Pavia era ben conosciuta dalla ASL Napoli, ed era stata da essa pure istruita e valutata; e comunque, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sent. resa nel procedimento C-27/15 e ordinanza resa nel procedimento C-697/15), *“il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un’interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune in tali documenti”*.

13. - Tale prospettazione non può essere seguita alla luce dei principi espressi dall’Adunanza plenaria n. 16 del 26 agosto 2020 e dalla giurisprudenza successiva, secondo cui l’obbligo dichiarativo di cui al precitato articolo 80, comma 5, lettera c) (poi lettera *c-bis*), costituisce una previsione di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto 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 3 del medesimo articolo 80 (cui invece l’odierna appellante vorrebbe attribuire carattere tassativo), traendosene come conseguenza l’obbligo del concorrente di dichiarare anche provvedimenti e circostanze non definitive (come la pendenza e gli sviluppi di un procedimento penale) che possano costituire oggetto

di una valutazione dell'affidabilità dello stesso, che resta riservata alla stazione appaltante, la quale deve considerare tutte le possibili vicende incidenti su detto giudizio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2024, n. 844, e copiosa giurisprudenza ivi richiamata).

Nondimeno, occorre considerare, fin d'ora, che – sempre sulla base della giurisprudenza testé richiamata - la reticenza dichiarativa non legittima di per sé l'attivazione di un automatismo espulsivo, potendo e dovendo essere apprezzata dalla stazione appaltante in quanto si riveli idonea ad occultare informazioni dovute in ordine alle valutazioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

13.1 - Quanto alla tesi dell'appellante secondo cui l'avvenuto rinvio a giudizio non costituisca in alcun modo un fatto nuovo, essendo circostanza che nulla aggiungeva a quanto già conosciuto e verificato dalla stazione appaltante, ritiene il Collegio che tale prospettazione non possa essere condivisa sulla base dei principi espressi dall'Adunanza plenaria sopra richiamati; peraltro, la giurisprudenza ha riconosciuto la rilevanza dell'avvenuto rinvio a giudizio ai fini della verifica sull'affidabilità della concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 (cfr., tra le tante, Cons. Stato sez. V, 24 marzo 2023, n. 3081; id., 22 aprile 2022, n. 3107; Cons. Stato sez. III, 11 agosto 2021, n. 5852).

13.2 - Quanto alla circostanza evidenziata nell'appello, secondo cui il decreto di rinvio a giudizio *de quo* sarebbe in seguito divenuto *tamquam non esset* a seguito di declaratoria di incompetenza territoriale del Tribunale di Pavia (con conseguente regressione del procedimento a una fase antecedente all'esercizio dell'azione penale), occorre rilevare che tale circostanza non risulta essere stata rappresentata in fase procedimentale, non essendovene traccia nel provvedimento che ha concluso la quarta verifica del RUP (doc. n. 19 depositato in primo grado da -OMISSIS-in data

15 ottobre 2024), sicché non può tenersene conto in sede giudiziale, laddove – ovviamente – il giudice deve valutare la legittimità dell’operato dell’Amministrazione attenendosi agli elementi istruttori conosciuti e valutati dalla stessa.

13.3 - Per completezza espositiva occorre aggiungere, prima di procedere alla disamina della censura di eccesso di potere giurisdizionale, dedotta nel primo motivo di appello (§ 1.3), alcune considerazioni relative alla qualificazione dei signori - OMISSIS-come “*amministratori di fatto*”.

14. - Va quindi anticipata la disamina del secondo motivo di impugnazione, rubricato “*Erroris in procedendo e iudicando. Violazione dell’art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione di ogni norma e principio in materia di pubbliche gare*”.

Innanzitutto l’appellante ha dedotto che i signori -OMISSIS-erano soci di minoranza; al momento della gara la società era partecipata da 8 soci, nessuno dei quali di maggioranza: ha quindi richiamato la giurisprudenza secondo cui “*qualora il socio non rientri nell’ambito soggettivo individuato dal terzo comma dell’art. 80, non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione neppure ai fini dell’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 60/2016, dovendosi ritenere che la presenza di gravi illeciti professionali possa assumere rilevanza ai fini dell’esclusione dalla gara solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all’operatore economico o ai soggetti individuati dall’art. 80, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 50/2016....*” (Cons. Stato, V, n. 4559/2023; id. n. 5782/2020; id. 7922/2019) al fine di sostenere che non vi sarebbe stato alcun obbligo di dichiarazione a carico di essi.

L’appellante ha dedotto, quanto all’obbligo di dichiarazione in relazione ad un presunto illecito professionale riferibile a soggetti qualificati come “*amministratori di fatto*”, che la previsione di cui all’articolo 94, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, richiamata dal giudice di primo grado, sarebbe inapplicabile *ratione temporis* alla

presente fattispecie e comunque sarebbe inconferente in quanto avente carattere innovativo rispetto alla disciplina previgente.

14.1 - Ritieni il Collegio che certamente la disposizione *in parte qua* è innovativa, essendo riconosciuto dalla stessa Relazione di accompagnamento del codice del 2023 che analoga previsione non vi era nell'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016, ma è la stessa Relazione a sottolineare come in tale assetto normativo l'estensione delle cause di esclusione anche agli amministratori "*di fatto*" era stata considerata dalla giurisprudenza quale ragione giustificativa dell'estensione degli obblighi dichiarativi anche ad alcune figure – quali gli amministratori cessati dalla carica, i soci di minoranza, i direttori tecnici – ritraibile da previsioni invece non confermate dal nuovo codice (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768; id., sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471).

La giurisprudenza nazionale formatasi sul vecchio codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016) aveva ritenuto che anche nel caso di soggetti ricomprendenti il ruolo di "*amministratori di fatto*" sarebbe stato possibile estendere le verifiche (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 8 aprile 2022, n. 2629; Cons. Stato, V, 7 novembre 2020, n. 7471), ma ciò sul presupposto che fosse stato "*accertato*" sulla base di solidi elementi (ad esempio a seguito di pronunce del giudice penale) il loro ruolo di amministratori "*di fatto*".

Secondo tale giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato sez. V, 8 aprile 2022, n. 2629), la circostanza che l'operatore economico si sia reso "*colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie

astratta in maniera tassativa, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extra-giuridici (Cons. Stato, III, 11 giugno 2019, n. 3908 e id. 22 luglio 2021, n. 5517, tra le altre).

Tale giurisprudenza ha qualificato l'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 come una norma di chiusura del sistema, volta ad attribuire alla stazione appaltante una posizione di potere/responsabilità, il cui esercizio richiede adeguata motivazione, poiché suscettibile di controllo giurisdizionale secondo i noti criteri di giudizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

14.2 - Secondo tale impostazione la stazione appaltante può desumere il compimento di "*gravi illeciti professionali*" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231); "*essendo insito nella ratio della disposizione che debba trattarsi di soggetti che siano in grado di determinare o di condizionare le scelte dell'impresa, è gioco forza ritenere che, per le società di capitali, rilevino le condotte dei membri degli organi aventi poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, nonché dei soci in posizione equivalente, senza però escludere soggetti che, pur formalmente non rientranti nell'appena sintetizzata elencazione dell'art. 80, comma 3, o non aventi per statuto i poteri contemplati in tale disposizione, si trovino in una posizione che consente loro, anche in via di fatto, di orientare l'operato della società*" (cfr. Cons. Stato, V, 7 novembre 2020, n. 7471). Si tratta di un'impostazione sostanzialistica compatibile con la previsione "aperta" dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e conforme alla normativa ed alla giurisprudenza euro-unitarie, in specie al *considerando* n. 101 ed all'art. 57, par. 4,

della direttiva 2014/24/UE, come interpretato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE 19 giugno 2019 in causa C-41/18 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2022 n. 2629).

14.3 - Ne consegue che la prospettazione dell'appellante, diretta a sostenere l'impossibilità di estendere la verifica agli "amministratori di fatto" in quanto non ricompresi nel novero dei soggetti indicati nell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 non può essere condivisa, atteso che, già prima dell'entrata in vigore del vigente codice dei contratti, era stata ritenuta, da una parte della giurisprudenza, la rilevanza della condotta degli amministratori di fatto.

Occorre però puntualizzare fin d'ora che la questione teorica così risolta, non comporta gli esiti prospettati dalla appellata -OMISSIS- in relazione ai signori Calderone: la possibilità di desumere l'inaffidabilità della società per effetto di addebiti di carattere penale a carico degli amministratori, anche se di fatto, presuppone, infatti, l'esistenza di solidi elementi di prova dai quali desumere tale ruolo, circostanza che, nel caso di specie, non ricorre per le ragioni in seguito esposte.

14.4 – Va infine precisato, quanto al terzo motivo di appello, con il quale l'appellante ha formulato, in via subordinata, in caso di mancato accoglimento dei primi due motivi di appello, la richiesta di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* relativa alla di compatibilità dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, come interpretato dalla suddetta giurisprudenza, con la direttiva 2014/24/UE, che trattandosi di domanda subordinata, la sua disamina presuppone l'esaurimento di tutte le doglianze proposte con i primi due motivi di impugnazione.

15. - Va pertanto esaminato il primo profilo del primo motivo di appello (§ 1.3) con il quale -OMISSIS- ha imputato al T.A.R. un indebito sconfinamento nelle valutazioni discrezionali riservate alla stazione appaltante; analoga prospettazione è

stata dedotta anche dalla ASL nelle proprie memorie: secondo le suddette parti, infatti, il TAR avrebbe sostituito il giudizio della stazione appaltante con il proprio, affermando poi di non condividere le valutazioni del RUP.

15.1 - Secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ricorre il vizio di eccesso di potere giurisdizionale quando le decisioni del giudice amministrativo sconfinano nella sfera del merito che rientra nelle attribuzioni della P.A..

Tale sconfinamento è configurabile:

(i) quando l'indagine svolta dal medesimo giudice amministrativo ecceda i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, dimostrandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto;

(ii) ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, evidenzi l'intento dell'organo giudicante di sostituire la propria volontà a quella dell'Amministrazione mediante una pronuncia che, in quanto espressiva di un sindacato di merito ed avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, non lasci spazio ad ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (Cass. civ., Sez. UU, 4 febbraio 2021, n. 2604; 24 maggio 2019, n. 14264; 26 novembre 2018, n. 30526).

Ciò accade nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo invade il campo dell'attività riservata alla P.A, compiendo atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, oppure sostituendo propri criteri di valutazione a quelli demandati normalmente alla discrezionalità dell'Amministrazione, oppure adottando decisioni finali che, ancorché velate dal formale annullamento del provvedimento impugnato, si traducono nella sostanza in decisioni c.d. autoesecutive, ovvero sia interamente sostitutive delle determinazioni dell'Amministrazione (*ex multis*, Sez. UU, 8 luglio

2024, n. 18559). In questi casi si ritiene che vi sia un trapasso da una giurisdizione sulla legittimità dell'atto ad una giurisdizione sul merito della regolazione della vicenda sottoposta all'organo di giurisdizione amministrativa (cfr., tra le più recenti, Cassazione Civile SS.UU. 21 marzo 2025, n. 7530).

15.2 - Nel caso di specie, la decisione del TAR, dal punto di vista formale, ha disposto l'annullamento facendo salvo il riesercizio del potere; lo sconfinamento, però, si desume dal principio conformativo della sentenza, in quanto il giudice di primo grado ha sostituito il suo personale giudizio a quello della P.A., fissando nella motivazione, dei "paletti" inderogabili e circoscrivendo i poteri valutativi della stazione appaltante *"in base ai parametri indicati in motivazione"*: di fatto il TAR ha imposto, in sede di riesercizio del potere, l'applicazione dei suoi opinabili criteri non consentendo alla P.A. di esercitare il proprio potere discrezionale, obbligandola ad adottare un provvedimento modellato sui principi da esso stabiliti, tanto che – in sede di esecuzione della sentenza qui appellata – il RUP, sconfessando quanto aveva in precedenza ritenuto in ben quattro valutazioni, ha disposto – in esecuzione della sentenza di primo grado – l'esclusione della società aggiudicataria Healt Life e la ASL ha adottato un nuovo provvedimento di aggiudicazione in favore della società -OMISSIS-, poi impugnato dinanzi al TAR da -OMISSIS-.

15.3 - Tale decisione contrasta, evidentemente, con la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sezioni Unite sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312), con cui sono stati precisati i confini del sindacato giurisdizionale sull'apprezzamento svolto dall'Amministrazione circa il requisito dell'affidabilità dell'appaltatore di cui all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, affermando che tale sindacato non può spingersi fino ad affermare la "non divisibilità" da parte del

giudice amministrativo dell'apprezzamento operato dalla P.A., perché ciò provocherebbe uno sconfinamento nell'attività riservata alla stazione appaltante.

È opportuno sottolineare che, in base agli indirizzi giurisprudenziali consolidati, il sindacato giurisdizionale in ordine alle valutazioni discrezionali compiute dalla stazione appaltante sull'affidabilità dell'operatore economico che partecipa a una gara trova limiti piuttosto stringenti, tanto da sostenersi che questo deve arrestarsi alla verifica della “*non pretestuosità*” delle motivazioni addotte a sostegno delle conclusioni raggiunte dall'Amministrazione (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2024, n. 6908; id., sez. III, 17 giugno 2024, n. 5426; id., 13 novembre 2023, n. 9721; C.g.a.r.s., 13 marzo 2024, n. 197); il giudice amministrativo, infatti, può esercitare solo un sindacato estrinseco su tali valutazioni, che riguarda la manifesta inadeguatezza o irrazionalità del giudizio formulato dall'Amministrazione, l'insufficienza della motivazione o il vizio istruttorio o di travisamento dei fatti, non potendo giammai sostituirsi alla Amministrazione nelle proprie valutazioni discrezionali.

16. - Ebbene, da una lettura “sinottica” dei provvedimenti di verifica impugnati in prime cure e delle motivazioni della sentenza appellata non risulta che il primo giudice abbia evidenziato una manifesta inadeguatezza o irrazionalità del giudizio formulato dall'Amministrazione – ovviamente sotto la propria responsabilità – nel senso dell'insussistenza di una inaffidabilità professionale di -OMISSIS-, essendosi lo stesso in realtà limitato a sovrapporre ad esso un proprio (personale e altrettanto opinabile) giudizio di non condivisione delle conclusioni così raggiunte dalla stazione appaltante.

Il T.A.R., infatti, ha basato il proprio giudizio:

a) - con riguardo alla vicenda del rinvio a giudizio dinanzi al Tribunale di Pavia, su un acritico appiattimento sulle tesi accusatorie ivi sostenute, secondo cui i sigg.ri - OMISSIS-(cui erano riconducibili gli illeciti penali contestati in quella sede) potessero qualificarsi come amministratori “*di fatto*” della società aggiudicataria anche in relazione alla procedura di gara di che trattasi, in assenza di qualsivoglia elemento indiziario in tal senso, applicando in modo indebitamente estensivo la teoria del “*contagio*” e finendo con il sostenere che l’odierna appellante risultava “contagiata” in assenza non solo della prova che i soggetti in questione avessero agito quali amministratori di fatto in tale vicenda – prova che, ovviamente, dovrà essere acquisita nel procedimento penale – ma anche di qualsivoglia elemento indiziario che ne abbia delineato un ruolo analogo in relazione alla procedura in questione;

b) con riguardo alla vicenda per cui un ex amministratore è stato rinviato a giudizio dinanzi al Tribunale di Latina per due false certificazioni, soffermandosi sulla inconferente nozione di “*falso innocuo*” (indotta da un erroneo richiamo della stessa da parte della stazione appaltante), ma senza esaminare e pronunciarsi sulle circostanze evidenziate dalla stazione appaltante, secondo cui quelle falsità – ove anche sussistenti – non avevano spiegato alcuna incidenza decisiva sulle determinazioni adottate nella gara cui afferivano.

16.1 - Inoltre, il TAR non ha preso in considerazione minimamente le valutazioni dell’Amministrazione su alcuni aspetti fondamentali, valutati ai fini dell’adozione del provvedimento decisorio, relativi alla soddisfazione espressa dalla stazione appaltante per i servizi già svolti da -OMISSIS- in occasione di precedenti affidamenti e al giudizio espresso sulle misure di *self-cleaning*, con la conseguenza che la valutazione del giudice di prime cure, oltre ad aver travalicato dai limiti di propria

cognizione invadendo il campo riservato alla valutazione discrezionale della P.A., si appalesa anche gravemente affetta da vizi di omessa istruttoria e di carenza di motivazione.

16.2 - Quanto alle misure di *self cleaning* il TAR si è limitato a sottolineare che esse erano state adottate in un momento antecedente al rinvio a giudizio disposto dal Tribunale di Pavia, circostanza che non può escludere la loro valutazione da parte del RUP, il quale deve stimare l'attuale affidabilità dell'operatore economico e non basare il proprio giudizio sulla situazione esistente all'epoca dei fatti da cui ha avuto origine il processo penale (non sfociato in alcuna decisione, neanche di primo grado) a prescindere dalla data di adozione dell'ordinanza di rinvio a giudizio che, come noto, può essere emessa a distanza di anni dal fatto storico.

16.3 – Nella sentenza, poi, non vi è alcun accenno sulla corretta esecuzione del servizio da parte di -OMISSIS- nel precedente appalto, elemento ragionevolmente valutato dal RUP nell'esercizio del suo potere discrezionale sull'affidabilità dell'operatore economico aggiudicatario della gara.

17. - Ne consegue che la sentenza appellata va riformata non solo perché affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, ma anche perché viziata da difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

18. - Si impone, quindi, l'esame dei motivi assorbiti in primo grado, che l'originaria ricorrente -OMISSIS- ha riproposto ai sensi dell'articolo 101, comma 2, c.p.a., e che in realtà, nonostante siano state reiterate anche censure su cui il T.A.R. si è espresso, si riducono a due:

a) la rilevanza dell'omissione dichiarativa anche ai sensi della lettera *c-bis*) del comma 5 dell'articolo 80, d.lgs. n. 50/2016;

b) il mancato coinvolgimento della stessa -OMISSIS- nella fase di contraddittorio che ha proceduto i provvedimenti impugnati in prime cure.

18.1 - Entrambe le doglianze vanno respinte:

- la prima sulla base dell'indirizzo dell'Adunanza plenaria n. 16/2020 richiamato in precedenza, che anche in caso di omessa dichiarazione esclude ogni automatismo espulsivo, dovendo la rilevanza dell'omissione essere comunque valutata dalla stazione appaltante (e nella specie lo è stata, a seguito della segnalazione di -OMISSIS-, con gli esiti già ritenuti immuni da vizi);

- peraltro, nessun obbligo dichiarativo poteva configurarsi in relazione agli ipotetici amministratori "*di fatto*", mancando ogni accertamento da parte del giudice penale su tale *status*, spettando alla stazione appaltante, eventualmente, l'onere di provare che determinati soggetti lo fossero;

- la seconda sulla base del pacifico orientamento per cui l'autore di un esposto o di una segnalazione da cui si origina un procedimento – o subprocedimento – non assume perciò solo la qualità di soggetto interessato e legittimato a partecipare al procedimento medesimo, in quanto, ancorché scaturito da una segnalazione di -OMISSIS-, il rinnovato contraddittorio sull'affidabilità di -OMISSIS- era una questione limitata esclusivamente al rapporto tra quest'ultima e la stazione appaltante.

19. – Quanto alla richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ritiene il Collegio che difetti il requisito della rilevanza, in quanto nel caso di specie non risulta provato lo *status* di amministratori di fatto dei soci di minoranza signori Calderone.

20. - In definitiva, ritiene il Collegio che, se si esamina la valutazione di affidabilità dell'operatore economico aggiudicatario attenendosi al sindacato estrinseco spettante al giudice amministrativo nei limiti in precedenza indicati, ci si avvede che

il RUP ha operato un bilanciamento tra la vicenda penale, relativa ad asseriti amministratori di fatto dei soci di minoranza della società, non ancora definita (e quindi, allo stato, ancora ipotetica), con dati certi, quali la corretta gestione del servizio da parte della società -OMISSIS-, le misure di *self cleaning* (consistenti in mutamenti nel modello di organizzazione gestione e controllo ex L. n. 231/2001, variazioni delle cariche sociali, la modifica del Consiglio di Amministrazione frattempo intervenuti), ritenendo sussistente l'affidabilità dell'aggiudicataria: tale valutazione, non può ritenersi palesemente illogica o irragionevole, in quanto il RUP ha privilegiato dati certi rispetto ad elementi ipotetici, assumendosene la relativa responsabilità.

21. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata vanno respinti il ricorso di primo grado ed i motivi aggiunti.

22. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo; sussistono i presupposti per la compensazione con riferimento alla sola -OMISSIS-.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado ed i motivi aggiunti.

Condanna l'appellata -OMISSIS- al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida nella misura di € 3.000,00 ciascuna in favore dell'appellante -OMISSIS- e della ASL Napoli 1 Centro; compensa le spese nei confronti della -OMISSIS-.

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 persone fisiche e giuridiche indicate nella sentenza.

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

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefania Santoleri**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

**IL SEGRETARIO**

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