

**APPALTI: Consiglio di Stato, Sezione Sesta, Sentenza 29 novembre 2022, n. 10483**, in Rivista Trimestrale degli Appalti n. 2/2023, pag. 515: *“Quale futuro per il “grave illecito professionale” ? Lo sviluppo interpretativo e applicativo della fattispecie escludente di cui all’art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2015 in attesa della riforma del codice”*, di I. Picardi.

**1. -Appalto -Gara -Esclusione ex art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 -Gravità di inadempienze non automaticamente escludenti -Valutazione discrezionale della P.A. -Sussiste.**

**2. -Appalto -Gara -Esclusione ex art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 -Gravi illeciti professionali -Accertamento con sentenza, anche se non definitiva -Non è necessario -Gravi indizi -Sufficienza.**

**3. -Appalto -Gara -Esclusione ex art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 -Gravi illeciti professionali -Carattere meramente esemplificativo delle cause.**

1. In materia di contratti pubblici, in ordine ai motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica di cui all'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016, fuori dall'ipotesi di cause esclusive tipiche, che vincolano in primis la Stazione Appaltante nelle proprie decisioni, la gravità di inadempienze non automaticamente escludenti è rimessa alla valutazione discrezionale di quest'ultima, al più sindacabile entro i limiti della abnormità o della manifesta irragionevolezza.

2. In materia di contratti pubblici, in relazione ai motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica, in sede di gara pubblica non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella suddetta disposizione normativa è meramente esemplificativa e la Stazione Appaltante ha la possibilità di fornire la dimostrazione con mezzi adeguati.

3. In materia di contratti pubblici, in ordine ai motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica, l'elencazione delle cause di esclusione dalla gara di cui all'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 ha carattere esemplificativo nei riguardi della Stazione Appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e dell’Acp-Agenzia per i Procedimenti e la Vigilanza in Materia di Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2022 il Cons. Giovanni Pascuzzi e uditi per le parti gli avvocati Maria Alessandra Sandulli e Luca Graziani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso del dicembre 2020 la società SAD Trasporto Locale s.p.a. impugnava davanti al Trga di Bolzano i seguenti provvedimenti:

- la nota 17.11.2020 con cui il Direttore della Ripartizione Mobilità della Provincia Autonoma di Bolzano ha disposto l'aggiudicazione della «*Procedura aperta sopra soglia europea per l'esecuzione dei servizi di trasporto scolastico nella Provincia Autonoma di Bolzano per gli anni scolastici 2020/21 – 2021/22 – 2022/23*», con riferimento a tutti i quattro lotti messi a gara, in favore della società Tundo Vincenzo s.p.a., informandone l'ACP (Agenzia per i contratti pubblici di Bolzano);
- la nota 18.11.2020, con cui l'ACP ha comunicato a tutti i partecipanti alla riferita procedura la predetta aggiudicazione dei quattro lotti in favore della società Tundo Vincenzo s.p.a.;
- ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi espressamente compresi:
- i verbali delle sedute di gara e le determinazioni ivi assunte, con particolare riferimento, *inter alia*, alla mancata esclusione delle offerte della società Tundo Vincenzo s.p.a. e del RTI composto da CAA – Consorzio Alto Adige Autonoleggiatori e Alpina Bus Touristik GmbH;
- la nota 13.11.2020, con cui l'ACP ha proposto quale aggiudicatario dei quattro lotti l'operatore economico società Tundo Vincenzo s.p.a.;
- la nota 12.11.2020, con cui il RUP ha confermato, “sia singolarmente, sia con riferimento a tutti i lotti di gara”, la congruità dell'offerta presentata dalla società Tundo Vincenzo s.p.a.;
- l'iscrizione al REN di CAA il 4.3.2020, “attiva parzialmente”;
- l'iscrizione al REN di CAA il 4.6.2020;
- la “volturazione dell'autorizzazione per il trasporto di persone n. 20” emessa dal comune di Lana il 31.1.2020.

La ricorrente chiedeva anche che venisse dichiarata l'inefficacia dei contratti eventualmente medio tempore stipulati con contestuale accertamento del diritto di SAD al subentro negli stessi e al risarcimento dei danni subiti e subendi in ragione dell'eventuale già avvenuto svolgimento di alcune delle prestazioni messe a gara da parte della società Tundo, ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente.

1.1 Con ricorso per motivi aggiunti del 2021 la società SAD Trasporto Locale s.p.a. impugnava davanti al Trga di Bolzano anche i seguenti provvedimenti:

- la Determinazione in data 13.8.21 con la quale il Direttore della Ripartizione 38 Mobilità della Provincia Autonoma di Bolzano, nella qualità di “RUP per il committente” del procedimento relativo alla gara AOV/SUA-SF 036/2019 per l'esecuzione dei servizi di trasporto scolastico della

stessa Provincia per gli aa.ss. 2020/21 – 2021/22 – 2022/23, all’esito dell’aggiudicazione a SAD del lotto 4 della suddetta gara (in cui si era classificata al 2° posto), disposta dalla medesima Ripartizione Mobilità (mediante lo scorrimento della graduatoria in seguito all’esclusione del 1° classificato, e originario aggiudicatario, società Tundo s.p.a.) il 24.3.21, ha disposto di non confermare l’efficacia e revocare la suddetta aggiudicazione ed escludere SAD dal procedimento ai sensi dell’art 80, comma 5, lett c e c-bis, del d.lgs. n 50/2016;

- ogni altro atto, anche non conosciuto, a essa presupposto, connesso o consequenziale, ivi compreso, per quanto possa occorrere:

- la nota del 25.6.2021 con la quale lo stesso Direttore, in qualità di “RUP di gara” indirizzava a SAD alcune “considerazioni/precisazioni” inerenti alla valutazione dei relativi requisiti ai sensi del richiamato art 80, comma 5, lett c e c-bis, del d.lgs. 50/2016;

- l’atto, di estremi e contenuti non conosciuti, con cui l’ACP avrebbe, dopo la nuova aggiudicazione del 4° lotto, *«avviato nei confronti della SAD le verifiche previste dagli articoli 80 e 83 del codice al fine di consentire alla Ripartizione mobilità di potersi esprimere in ordine alla proclamazione di efficacia ovvero inefficacia dell’aggiudicazione medesima»;*

- la nota dell’ACP 10.9.21, come rettificata con nota del 13.9.21, di comunicazione all’ANAC dell’esclusione di SAD;

- la nota dell’ACP del 16 9 21, che invita/diffida SAD a versare alla stessa SA l’importo di euro 56.250,40, a titolo di recupero dell’1% del valore a base di gara ai sensi dell’art 27, comma 3, l.p. 16/15.

Nel ricorso per motivi aggiunti si chiedeva anche la condanna dell’Amministrazione alla restituzione di queste ultime somme laddove riscosse.

1.2 Con un secondo ricorso per motivi aggiunti del 2022 la società SAD Trasporto Locale s.p.a. impugnava davanti al Trga di Bolzano anche i seguenti provvedimenti:

- la Determinazione in data 29.12.21 con la quale il Direttore della Ripartizione 38 Mobilità della Provincia Autonoma di Bolzano, nella qualità di “RUP per il committente” del procedimento relativo alla gara AOV/SUA-SF 036/2019 per l’esecuzione dei servizi di trasporto scolastico della stessa Provincia per gli aa.ss. 2020/21 – 2021/22 – 2022/23, all’esito dell’esclusione di CAA, aggiudicataria dei lotti 1, 2 e 3 della suddetta gara (a seguito dello scorrimento della graduatoria in esito all’esclusione del 1° classificato, e originario aggiudicatario, società Tundo s.p.a.), richiamata l’esclusione di SAD (classificatasi dopo CAA) dal lotto 4 della stessa gara disposta il 13.8.21 ai sensi dell’art 80, comma 5, lett c e c-bis del d.lgs. n 50/2016, “conferma la valutazione effettuata” in quella sede “alla quale si rimanda integralmente e che si allega anche per i lotti 1, 2 e 3” e ne “dispone pertanto l’esclusione” anche da tali lotti;

- ogni altro atto, anche non conosciuto, a essa presupposto, connesso o consequenziale, ivi compreso, per quanto possa occorrere:
- la nota dell'ACP in data 30.12.21 di comunicazione della predetta Determinazione di esclusione, “con conseguente revoca dell’aggiudicazione disposta con provvedimento del 23.04.2021”;
- la Determinazione in data 13.8.21 con la quale il Direttore della Ripartizione 38 Mobilità della Provincia Autonoma di Bolzano, nella qualità di “RUP per il committente” del procedimento relativo alla gara AOV/SUA-SF 036/2019 per l’esecuzione dei servizi di trasporto scolastico della stessa Provincia per gli aa.ss. 2020/21 – 2021/22 – 2022/23, all’esito dell’aggiudicazione a SAD del lotto 4 della suddetta gara (in cui si era classificata al 2° posto), disposta dalla medesima Ripartizione Mobilità (mediante lo scorrimento della graduatoria in seguito all’esclusione del 1° classificato, e originario aggiudicatario, società Tundo s.p.a.) il 24.3.21, ha disposto di non confermare l’efficacia e revocare la suddetta aggiudicazione ed escludere SAD dal procedimento ai sensi dell'art 80, comma 5, lett c e c-bis, del d.lgs. n 50/2016;
- la nota del 25 6 2021 con la quale lo stesso Direttore in qualità di “RUP di gara” indirizzava a SAD alcune “considerazioni/precisazioni” inerenti alla valutazione dei relativi requisiti ai sensi del richiamato art 80, comma 5, lett c e c-bis, del d.lgs. 50/2016;
- l’atto, di estremi e contenuti non conosciuti, con cui l’ACP avrebbe, dopo la nuova aggiudicazione del 4° lotto, *«avviato nei confronti della SAD le verifiche previste dagli articoli 80 e 83 del codice al fine di consentire alla Ripartizione mobilità di potersi esprimere in ordine alla proclamazione di efficacia ovvero inefficacia dell’aggiudicazione medesima»*.

Nel secondo ricorso per motivi aggiunti si chiedeva anche la condanna dell’Amministrazione alla restituzione di queste ultime somme laddove riscosse.

2 Con le parole che seguono il primo giudice ha sintetizzato le premesse in fatto.

Con Bando di Gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea S-245 in data 19.12.2019 l’Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP) ha indetto per conto della Provincia autonoma di Bolzano (PAB) una procedura aperta telematica per *«l’esecuzione dei servizi di trasporto scolastico nella provincia autonoma di Bolzano per gli anni scolastici 2020/2021-2022/2023 suddivisa in quattro lotti, per un importo presunto complessivo di € 46.105.844,13, IVA esclusa»*.

Alla gara hanno presentato offerte la SAD – Trasporto Locale s.p.a. (SAD), il RTI Consorzio Alto Adige Autonoleggiatori –Alpina Bus Touristik GmbH (CAA) e la società Tundo Vincenzo s.p.a. (società Tundo). A seguito della valutazione delle offerte la società Tundo è risultata al primo posto per tutti i quattro lotti, la CAA al secondo posto per i lotti 1, 2 e 3 e al terzo posto per il lotto 4 e la SAD al secondo posto per il lotto 4 ed al terzo posto per i lotti 1, 2 e 3.

Con determina del dirigente della Ripartizione mobilità della Provincia autonoma di Bolzano di data 17.11.2020 veniva disposta l'aggiudicazione dei quattro lotti a favore della società Tundo, con la precisazione che «*l'aggiudicazione diventa efficace dopo l'esito positivo della verifica dei requisiti di partecipazione previsti negli atti di gara*».

Con ricorso introduttivo, notificato il 17.12.2020, SAD impugnava le aggiudicazioni a favore della società Tundo e limitatamente ai lotti 1, 2 e 3 la collocazione di CAA al 2° posto della graduatoria, contestando la mancata esclusione della prima classificata per illeciti professionali e della seconda classificata per la mancanza dell'iscrizione al Registro delle imprese presso la CCIAA di Bolzano, per l'attività di trasporto con veicoli con più di nove posti – codice ATECO 49.39.09 – e per la mancanza del possesso di una valida iscrizione al REN, sulla scorta dei seguenti motivi:

I. Sull'illegittimità della mancata esclusione della società Tundo.

Violazione dell'art. 80, c. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 80, c. 5, lett. *c-bis* e *f-bis* d.lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza e contraddittorietà.

II: Sull'illegittimità della mancata esclusione di CAA.

Violazione dell'art. 83, c 3, d.lgs. 50/2016 e del pt. 3.5 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 80, c 5, lett. *c-bis* e *f-bis* d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del d.P.P. n. 32/2019. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza e contraddittorietà. La ricorrente SAD chiedeva l'annullamento, previa suspensiva, degli atti impugnati, la dichiarazione di inefficacia dei contratti eventualmente medio tempore stipulati tra l'ACP e la società Tundo e il subentro negli stessi, nonché il risarcimento dei danni per le prestazioni eventualmente già svolte.

Si sono costituite in giudizio la società Tundo e la CAA instando per il rigetto del ricorso.

Con separati ricorsi iscritti sub RG n. 244/2020 e n. 246/2020 CAA ha impugnato l'aggiudicazione dei quattro lotti alla società Tundo, nonché il posizionamento di SAD al secondo posto per il lotto 4 e al terzo posto per i lotti 1, 2 e 3.

Successivamente, con ricorso incidentale notificato il 21.1.2021 la controinteressata CAA ha chiesto l'esclusione di SAD anche nel presente giudizio, adducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 l. n. 21/92 e degli artt. 6 e 8 del d.P.P. n. 32/19. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del paragrafo 2.1.3.1 delle Linee guida ANAC n. 6. Violazione dei principi di *par condicio* e trasparenza. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e istruttoria. Contraddittorietà e irragionevolezza dell'agire amministrativo.

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 72, 73 e 105 del d.lgs. n. 80/16. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del Capitolato speciale d'appalto per servizi. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza, di ragionevolezza, parità di trattamento.

3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 89 e 105 del d.lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di Gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Abuso del diritto. Inadeguatezza e inattendibilità dell'offerta. Eccesso di potere per violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza, di ragionevolezza, parità di trattamento.

Con provvedimento del 12.3.2021, il dirigente della Ripartizione mobilità, ritenuta l'insussistenza dei requisiti generali in capo alla società Tundo, ha revocato l'originario provvedimento di aggiudicazione in favore della stessa.

Contro l'esclusione la società Tundo ha presentato ricorso, che il Trga di Bolzano, con sentenza n. 224/2021, ha rigettato. La pronuncia è stata confermata in appello dal Consiglio di Stato, VI, con sentenza n. 1153/2022.

Con successivi provvedimenti di data 24.3.2021 il dirigente della Ripartizione mobilità ha provveduto ad aggiudicare i lotti 1, 2, e 3 al RTI CAA e il lotto 4 a SAD.

SAD non ha impugnato l'aggiudicazione dei primi tre lotti a CAA.

Successivamente con provvedimento del dirigente della Ripartizione mobilità del 13.8.2021 SAD è stata esclusa dalla procedura di gara ex art. 80, c. 5 lett. c) e c-bis) con revoca della aggiudicazione a suo favore, disposta in data 24.3.2021 per il lotto 4.

L'esclusione è stata impugnata da SAD con motivi aggiunti, da valere anche come ricorso autonomo, depositati in data 11.10.2021.

Il gravame si fondava sui seguenti motivi:

I. Incompetenza assoluta. Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 32 c.c.p. (codice dei contratti pubblici) e 27 l.p. 16/2015. Parte I, § 1.1 e Parte III, § 2 Disciplinare di Gara. Contraddittorietà. Erronea rappresentazione dei fatti. Violazione del divieto di *bis in idem*. Violazione artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l. 241/90 s.m.i.

II. Violazione del principio generale di imparzialità dell'azione amministrativa (artt. 97 Cost., 1 l. 241/90, 1 l.p. 17/93 e 27, 12-*quater* d.l. 50/17). Incompetenza per conflitto (anche potenziale) di interessi.

III. Sull'illegittimità e ingiustizia, nel merito, della decisione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 41, 42, 97, 113 e 117, comma 2, lett. 1, Cost., 1 e 3 l. 241/90, 1 e 7 l.p. 17/93; artt 80, comma 5, lett c e c-bis, c.c.p., 7 e 8 l.p. 16/85, 17 e 17-bis l.p. 15/15, Linee Guida 6 ANAC, Del. ART 49/15 e 154/19, Del. ANAC 725/20. Violazione del *favor participationis* alle gare pubbliche e

dei principi di proporzionalità, imparzialità, coerenza e buona fede nei confronti degli amministrati, tutela del legittimo affidamento, garanzia del contraddittorio procedimentale e limiti al potere di autotutela decisoria. Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per manifesto sviamento ed erronea rappresentazione e valutazione dei presupposti. Contraddittorietà.

IV. Sulla comunicazione all'ANAC dell'esclusione. Illegittimità derivata e autonoma. Erroneità nei presupposti e difetto di motivazione.

V. Sulla diffida a SAD a versare all'ACP l'importo di euro 56.250,40, a titolo di recupero dell'1% del valore a base di gara ai sensi dell'art 27, comma 3, l.p. 16/15. Illegittimità derivata.

Oltre all'annullamento degli atti impugnati SAD chiedeva anche la condanna dell'Amministrazione alla restituzione della garanzia, laddove riscossa.

In data 20.8.2021 il dirigente della Ripartizione mobilità aggiudicava anche il lotto 4 al RTI CAA provvedendo con successivo decreto n. 15256 del 25.8.2021 all'affidamento in via d'urgenza del servizio di trasporto scolastico.

Anche questa aggiudicazione non è stata impugnata da SAD.

Con provvedimento del dirigente della Ripartizione mobilità di data 28.12.2021, la PAB – ritenuta la sussistenza di irregolarità nella posizione di una consorziata – ha disposto la revoca, in autotutela, dei provvedimenti di aggiudicazione a favore di CAA.

CAA ha impugnato il provvedimento di esclusione con motivi aggiunti nei giudizi pendenti sub RG. n. 244/2020 e n. 246/2020.

Con provvedimento del dirigente della Ripartizione mobilità di data 29.12.2021 SAD veniva esclusa dai lotti 1, 2, e 3, ai quali, in base alla graduatoria sarebbe subentrata.

SAD ha impugnato l'ulteriore esclusione con un secondo ricorso per motivi aggiunti, da valere anche come ricorso autonomo, nel quale ha riproposto, in buona sostanza, i motivi già dedotti nei primi motivi aggiunti.

Nei ricorsi per motivi aggiunti la ricorrente ha chiesto al giudice anche “laddove occorrer possa”, il rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale e/o alla Corte di giustizia della questione di compatibilità costituzionale e/o eurounitaria (art. 3, 24, 41, 42, 97, 111, 113, e 117 c. 2 lett. 1, Cost, e CEDU, 16, 4 41 e 46 Carta di Nizza, 2 ss Dir. 2007/66/CE) dell'art. 80, comma 5 lett. c) d.lgs. 50/16, laddove interpretabile nel senso di poter qualificare come grave illecito professionale, idoneo a ledere l'affidabilità e l'integrità di un operatore economico, la contestazione in giudizio degli atti e provvedimenti dell'Amministrazione committente negativamente incidenti sui propri diritti e interessi; dell'art. 17-bis l.p. n. 15/2016 laddove interpretabile nel senso di consentire all'Amministrazione di intervenire con chiaro effetto retroattivo sul regime della proprietà dei beni cosiddetti strumentali e/o suscettibili di interferire col giudizio già pendente innanzi al Tribunale

civile di Bolzano RG n. 1204/2020 e dell'art. 27, l.p. n. 16/15 laddove interpretabile nel senso di consentire all'Amministrazione di pretendere il versamento della cauzione a garanzia dell'offerta anche in caso di esclusione per fatti sopravvenuti alla presentazione.

Nei due ricorsi per motivi aggiunti proposti da SAD, la PAB si è costituita formalmente con le memorie di data 25.10.2021 e 25.2.2022.

2. Con sentenza n. 122/2022 il Trga di Bolzano ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo (e il ricorso incidentale) ed ha rigettato il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti.

3. Avverso la sentenza n. 122/2022 del Trga di Bolzano ha proposto appello la SAD per i motivi che saranno più avanti esaminati.

4. La Provincia autonoma di Bolzano e l'ACP si sono costituite in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

5. All'udienza del 27 ottobre 2022 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

6. L'appello è infondato.

7. Con il presente appello la SAD impugna la sentenza del Trga di Bolzano nella parte in cui ha respinto i due ricorsi per motivi aggiunti che erano stati presentati per ottenere l'annullamento degli atti prima richiamati.

8. SAD afferma che, nonostante non abbia più interesse all'aggiudicazione dell'appalto *de quo* (peraltro mai aggiudicato), ha ritenuto comunque opportuno adire il giudice amministrativo, essenzialmente *«per quanto possa occorrere, in via prudenziale - anche in ragione dell'ampia e generale valenza che il RUP attribuisce alla Determina - a tutela dell'interesse strumentale alla partecipazione di ulteriori gare, per prevenire strumentali eccezioni (di intervenuta acquiescenza) in relazione ad altre procedure di affidamento o ad altri contenziosi»*.

SAD, oltre alla contestata debenza della cauzione, sostiene di vantare un indubbio interesse a continuare a coltivare il presente ricorso per ottenere la cancellazione delle iscrizioni dei provvedimenti di esclusione dal Casellario ANAC nel frattempo intervenute e impugnate che potrebbero essere strumentalizzate a suo danno in altre procedure.

Inoltre un provvedimento di esclusione costituisce ex se un precedente negativo per un'azienda che opera nel settore dei pubblici appalti, sicché è del tutto ovvio che SAD abbia un intrinseco, oggettivo interesse al suo annullamento.

Le parti appellate eccepiscono l'inammissibilità dell'appello. Sostengono che:

- SAD non ha più interesse all'appalto;

- l'affermazione secondo cui per SAD è comunque "opportuno" adire il Consiglio di Stato in via "prudenziale" a tutela dell'interesse alla partecipazione ad ulteriori gare, pur riconoscendo che le esclusioni oggetto di contestazione non precludono detta futura ed eventuale possibilità di

partecipazione, non vale a sanare la sostanziale mancanza di interesse alla commessa, elemento che assume una rilevanza dirimente e fa venir meno il presupposto per la richiesta di tutela avanzata anche con il ricorso in appello e che lo rende inammissibile;

- SAD chiede di annullare la propria esclusione per poi non voler eseguire l'appalto. Tale evenienza vanifica l'interesse al ricorso, anche in appello, non potendosi negare che il cd. "bene della vita" oggetto della tutela amministrativa in gioco è l'appalto. Venendo meno il relativo interesse decade anche ogni ulteriore istanza di tutela, ancorché qualificata "strumentale".

L'eccezione di inammissibilità dell'appello non può essere accolta.

L' art. 100 c.p.c. è espressione di un principio generale valido anche nel processo amministrativo, secondo il quale costituisce condizione per l'ammissibilità dell'azione, oltre alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere, inteso quest'ultimo non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio e concreto del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) a mezzo del processo amministrativo; vale a dire, nell'ottica di un processo di stampo impugnatorio-annullatorio che il processo amministrativo assume come suo presupposto la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento che il ricorrente ritiene lesivo della propria sfera giuridica (Cons. Stato, sez. IV, 09/09/2022, n. 7857).

Nella specie l'appellante mira a tutelare l'interesse concreto ad ottenere delle utilità (l'addotto esonero dal pagamento della cauzione e la cancellazione delle iscrizioni dei provvedimenti di esclusione dal Casellario ANAC nel frattempo intervenute). Sussiste anche l'interesse morale a non veder astrattamente compromessa la propria immagine di operatore economico.

9. Il primo motivo di appello è rubricato: Manifesta ingiustizia per non avere rilevato i vizi di "Incompetenza assoluta. Violazione e falsa applicazione art 97 Cost., artt. 31 e 32 c.c.p. e 27 l.p. 16/15. Parte I, § 1.1 e Parte III, § 2 Disciplinare di Gara. Contraddittorietà. Erronea rappresentazione dei fatti. Violazione del divieto di *bis in idem*. Violazione artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l 241/90 s.m.i.". Falsa applicazione del Decreto ACP 8/19. Difetto di motivazione. Omessa pronuncia.

L'appellante sostiene che il provvedimento di esclusione sarebbe viziato per incompetenza, essendo stato adottato dal RUP per l'Ente committente anziché dall'ACP e muove le seguenti critiche alla sentenza appellata:

- il Trga ha respinto il motivo invocando i passaggi (p. 14, lett. o e p. 11 lett. n) del Decreto ACP n. 8/2019, che rispettivamente demandano all'ACP la "richiesta di documentazione a comprova dei requisiti di selezione da inviare all'utilizzatore" e al RUP quello di "rendere efficace

l'aggiudicazione a seguito della verifica dei requisiti ...sulla base della documentazione a comprova”;

- il primo giudice trascura che (i) il Decreto ACP non può alterare l'ordine delle competenze stabilite dalla legge (se lo avesse fatto dovrebbe essere disapplicato) e che (ii) i surrichiamati passaggi si riferiscono al riscontro della “documentazione a comprova”, mentre nella specie il RUP ha disposto l'esclusione in base a fatti, in buona parte (sanzione AGCM, intese collusive, invito a verificare i requisiti di altri concorrenti) già valutati dall'ACP in apposito sub-procedimento istruttorio, e non certo emersi dalla documentazione a comprova;

- sul contrasto con la posizione già espressa dall'ACP, oggetto di specifica censura, il Trga in realtà non si pronuncia, limitandosi ad affermare che “non è precluso alla stazione appaltante di procedere alla verifica dei requisiti in qualsiasi momento della procedura”. Il che però (i) contraddice l'invocata competenza del RUP e (ii) non risolve nemmeno il problema della dedotta contraddittorietà con quanto ritenuto dall'ACP e della violazione del divieto di *bis in idem* e dei principi e regole sull'autotutela decisoria;

- l'enunciazione della sentenza, in definitiva, è errata nella misura in cui predica la sostanziale inutilità - superfluità del parere difforme espresso da ACP sostenendo la competenza del solo RUP per la committente, affermazioni del tutto infondate in quanto contraddette dalla stessa legge di gara.

Il motivo è infondato.

Correttamente il primo giudice ha affermato che nel caso in cui la Provincia di Bolzano affidi all'ACP di gestire la procedura di gara si conferma una separazione dei ruoli (del RUP) della stazione appaltante/ente committente e (del RUP) della SUA/ente committente ausiliaria competendo alla prima tutte le valutazioni e le decisioni inerenti alla progettazione, all'affidamento e all'esecuzione dell'appalto e alla seconda le competenze e le decisioni afferenti alla gestione della gara (procedura).

A questa conclusione si giunge analizzando la disciplina vigente.

Per effetto dell'art. 27 della legge provinciale n. 15/2011 *«Al fine di assicurare la correttezza, la trasparenza e l'efficienza della gestione dei contratti pubblici è istituita l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che assume la funzione di Stazione Unica Appaltante (SUA) e di centrale d'acquisto, con il compito di svolgere attività di consulenza, preparazione, indizione e di aggiudicazione nelle gare per l'acquisizione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, anche tramite convenzioni-quadro. L'Agenzia è un ente strumentale della Provincia con personalità giuridica di diritto pubblico, dotato di autonomia e*

*piena indipendenza funzionale, organizzativa, amministrativa, contabile e patrimoniale, che opera secondo criteri di efficienza, economicità ed efficacia».*

L'articolo 5 («Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - Modalità di utilizzo delle procedure»), comma 1, lettera b) della legge provinciale 16/2015 recita:

*«b) "attività di committenza ausiliarie": attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:*

*1) infrastrutture tecniche che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro e convenzioni per lavori, forniture o servizi e in particolare il Mercato elettronico della Provincia autonoma di Bolzano (MEPAB);*

*2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;*

*3) preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'Amministrazione aggiudicatrice interessata».*

Il successivo articolo 6, comma 2, della legge provinciale 16/2015 recita:

*«Il/La responsabile del procedimento deve essere unico/unica per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico e per tutte le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione. Nel caso in cui la stazione appaltante affidi all'Agenzia o ad altra centrale appaltante l'incarico di indire la procedura di gara, l'Amministrazione appaltante provvede alla nomina del responsabile unico/della responsabile unica del procedimento, mentre l'Agenzia ovvero la centrale di committenza nomina il/la responsabile della procedura di gara».*

Esistono ipotesi (come quella di cui si discute) nelle quali talune funzioni e competenze rimangono attribuite all'Ente committente ed al RUP incardinato presso il medesimo.

Come si è appena visto negli appalti per i quali la stazione appaltante affida la gestione delle procedure di gara all'ACP, l'art. 6, comma 2 della l.p. n. 16/2015 prevede che, per ciascuna procedura, venga nominato dalla stazione appaltante un responsabile del procedimento per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione. Detto responsabile del procedimento ha, quindi, la piena ed esclusiva titolarità dell'intero procedimento. L'ACP, invece, nomina il responsabile della procedura di gara. Viene quindi confermata una separazione dei due ruoli.

Nella specie era il direttore della Ripartizione mobilità, quale RUP della stazione appaltante, l'organo competente all'adozione del provvedimento di esclusione dell'aggiudicatario dalla gara.

Pertanto, non supera il vaglio di fondatezza la censura di incompetenza assoluta.

La tesi secondo cui vi sarebbe una violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto l'ACP avrebbe già considerato la condanna ACGM ai fini dell'ammissione alla gara non può essere condivisa. Per un verso il RUP ha ampia autonomia nello svolgimento delle verifiche post-

aggiudicazione e per altro verso tale esame è necessario nei confronti dell'aggiudicatario. Va pertanto condivisa la conclusione raggiunta dal primo giudice secondo cui non è corretto sostenere che l'ACP avesse già effettuato i predetti controlli e che le verifiche qui contestate fossero una ripetizione non consentita, in quanto la verifica di ACP si riferisce ad un'altra fase del procedimento e non ha nulla a che vedere con la verifica, ai fini dell'affidamento del contratto d'appalto, effettuata dal RUP del procedimento, che è l'organo competente ad effettuare questa verifica, come poc'anzi detto.

Va altresì considerato che nel provvedimento impugnato si fa riferimento a fatti ulteriori intervenuti dopo la gara ossia una sentenza di conferma della sanzione irrogata dall'Autorità Antitrust e tale evenienza ben può essere valutata nel controllo del RUP prima ricostruito.

10. Il secondo motivo di appello è rubricato: Manifesta ingiustizia per non avere rilevato i vizi di "Violazione del principio generale di imparzialità dell'azione amministrativa (artt. 97 Cost., 1 l. 241/90, 1 l.p. 17/93 e 27, 12-*quater* dl 50/17). Incompetenza per conflitto (anche potenziale) di interessi". Difetto di motivazione. Omessa pronuncia.

L'appellante sostiene che:

- nella specie si è verificata una violazione del principio generale di imparzialità dell'azione amministrativa in ragione della persona che ha svolto l'istruttoria e preso la decisione;
- il RUP non aveva la serenità e la terzietà necessarie;
- il primo giudice ha eluso la censura.

Il motivo è infondato.

In sostanza l'appellante sostiene che il RUP avrebbe dovuto astenersi dall'assumere le determinazioni di cui si discute perché è la stessa persona che ha dato vita alle contestazioni dei pregressi comportamenti di SAD che hanno fatto da base delle determinazioni stesse. Non a caso eccepisce il vizio di violazione del principio di imparzialità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16/05/2016, n. 1961: il dovere di astensione per conflitto di interessi costituisce esplicazione del più generale principio di imparzialità, che a sua volta rappresenta uno dei canoni a cui l'Amministrazione, ex art. 97 Cost., deve informarsi nell'esercizio dell'attività discrezionale).

Ma in chiave generale Cons. Stato, sez. V, 20/12/2018, n. 7170 ha ribadito che non ricorre una situazione di conflitto di interessi nel caso in cui emerga che un dirigente della P.A., nominato presidente di una commissione di gara, abbia adottato, nel corso degli anni nello svolgimento delle sue mansioni, molteplici provvedimenti pregiudizievoli tali da determinare l'insorgere di diverse controversie giurisdizionali con l'impresa concorrente; tale fattispecie non integra alcuna delle condizioni tassativamente previste dall'art. 51 c.p.c. e dall'art. 42 d.lgs. n. 50 del 2016, in presenza delle quali sussiste l'obbligo di astensione dalle funzioni di commissario, né un potenziale conflitto

di interessi per l'esistenza di gravi ragioni di convenienza, di una causa pendente tra le parti o di una grave inimicizia tra le medesime.

*Mutatis mutandis* il principio è applicabile al caso di specie.

Le ipotesi che normativamente impongono ad un funzionario di astenersi sono di stretta interpretazione. Se così non fosse si aprirebbe la strada alla possibilità per l'impresa di "scegliere" il funzionario chiamato a verificare il possesso di tutti i requisiti.

Nella specie non sussistono le condizioni per affermare che il RUP avrebbe dovuto astenersi dall'intervenire né l'appellante ha fornito un reale principio di prova che consenta di affermare il contrario.

11. Il terzo motivo di appello è rubricato: Manifesta ingiustizia per non avere rilevato i vizi dedotti nel III motivo: "Violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 41, 42, 97, 113 e 117, comma 2, lett l, Cost., 1 e 3 l. 241/90, 1 e 7 l.p. 17/93; artt 80, comma 5, lett. c e c-bis, c.c.p., 7 e 8 l.p. 16/85, 17 e 17-bis l.p. 15/15, 12 Linee Guida 6 ANAC, Del. ART 49/15 e 154/19, Del. ANAC 725/20. Violazione del *favor participationis* alle gare pubbliche e dei principi di proporzionalità, imparzialità, coerenza e buona fede nei confronti degli amministrati, tutela del legittimo affidamento, garanzia del contraddittorio procedimentale e limiti al potere di autotutela decisoria. Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per manifesto sviamento ed erronea rappresentazione e valutazione dei presupposti. Contraddittorietà". Difetto di istruttoria e di motivazione e omessa pronuncia.

L'appellante:

- ricorda di aver formulato il terzo motivo di ricorso in primo grado con l'intenzione di togliere fondamento ad ogni singola contestazione mossa dal RUP per fondare il motivo escludente rappresentato dal "grave illecito professionale" ex art 80, comma 5, lett c e c-bis affermato al chiaro e illecito fine di preconstituire le condizioni per escludere SAD da future gare, paralizzandone le eventuali azioni giudiziarie;

- accusa di superficialità, vaghezza e concisione la pronuncia impugnata: il Trga avrebbe affrontato le riferite censure trincerandosi dietro repliche meramente parziali e considerazioni assolutamente generiche e apodittiche e, addirittura, dietro una sorprendente e confessoria formula di chiusura di dichiarato "assorbimento" di tutte le censure "non espressamente esaminate" in quanto ritenute "irrilevanti ai fini della decisione o comunque inidonee a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta".

L'appellante pertanto ripropone pedissequamente le censure.

La tesi di fondo è che il RUP si sarebbe accanito contro SAD per tarparle le ali.

Si sostiene che:

- sarebbe stato dato rilievo a condotte che mai in precedenza avevano dato adito a rilievi;
- ci si è mossi solo quando SAD ha reagito alla decisione provinciale di sottrarre al mercato la fetta più importante dei servizi TPL, concentrandola progressivamente nelle proprie società *in house* (SASA e STA);
- questo vizio di fondo avrebbe minato l'intera istruttoria;
- la decisione assunta sarebbe ingiusta e sproporzionata;
- sarebbero stati disattesi i criteri di valutazione individuati nelle LG 6 di ANAC, testualmente riportati nel parere ANAC 725/20;
- sarebbe stato rappresentato surrettiziamente il requisito dell'integrità di cui all'art 80 come "integrità morale", strumentalmente suggerendone una inesistente autonomia dal profilo professionale, incompatibile con l'essenza del presupposto "grave illecito".

L'appellante procede quindi alla disanima delle singole circostanze contestate al fine di togliere fondamento alla decisione finale. Si sofferma quindi sulle seguenti violazioni contestate:

I. Sanzione AGCM n.27635-A516 / 2019 per abuso di posizione dominante (Art. 102 TFUE).

II. Rifiuto di collaborazione in vista della scadenza della concessione per la Funivia Bolzano-Soprabolzano e Tramvia del Renon. Tentativo di sottrazione di beni utilizzati per il servizio pubblico – Tentativo di sottrazione di beni del servizio pubblico [specifiche considerazioni sono riservate: i. alla vendita dei treni *Trogener Bahn* ("TB"); ii. al trasferimento del personale; iii. all'insistenza di SAD per la revoca dell'ordinanza di sequestro degli immobili del Renon].

III. Condotte turbative e la violazione del Patto d'integrità in materia di contratti pubblici (allegato al decreto ACP n.16/2018) con particolare riferimento a: a. Le "intese collusive" per la spartizione dei mercati del trasporto locale, come risultanti dall'atto istruttorio dell'AGCM (v. Delibera pubblicata sul Bollettino n. 28 del 23.07.2018, con provvedimento n. 27258); b. Intimidazione di funzionari dell'Amministrazione provinciale; c. *Stalking* giudiziario (*Predatory Litigation*) e campagne stampa preordinate.

L'appellante quindi si sofferma:

- sulle ulteriori controdeduzioni;
- sui tentativi di influenzare indebitamente la gara;
- sulle conclusioni della determina.

Alla luce delle ampie considerazioni svolte per contestare il fondamento delle singole accuse richiamate, l'appellante critica la sentenza del primo giudice perché si limiterebbe a:

- richiamare in termini generalissimi la finalità dell'art 80, comma 5, c.c.p.;

- affermare che gli atteggiamenti ostruzionistici posti in essere da SAD non costituiscono episodi isolati e a sé stanti, ma si inseriscono in una vera e propria strategia, ovvero in un medesimo disegno;
- assumere che la motivazione risulta avere illustrato in termini sufficienti le ragioni per cui la stazione appaltante ha reputato le condotte di SAD gravi illeciti professionali;
- concludere che *«la motivazione del provvedimento denota una valutazione plausibile e ragionevole sull'integrità del concorrente, ancorati a solidi dati fattuali, come tali idonei a superare i contrari rilievi di parte ricorrente, basati sulla pretestuosità dell'esclusione»*.

Secondo l'appellante il primo giudice avrebbe formulato una motivazione meramente apparente ricorrendo erroneamente alla tecnica dell'assorbimento.

#### 11.1 Il motivo è infondato.

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, *«le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico»* quando dimostrino *«con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»* (lett. c); *«quando l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»* (c bis) e quando *«l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa»* (c ter).

La misura contemplata dalla norma è coerente con la normativa europea della quale costituisce attuazione (Direttiva 2014/24/UE) che, all'art. 57, comma 4, riconosce la possibilità di escludere un operatore da una procedura d'appalto *«se l'Amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità ...; g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili ...»*.

In più occasioni il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire la reale portata dell'articolo 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici. Di seguito alcuni principi che possono essere considerati consolidati:

- In sede di gara pubblica nel concetto di «*grave illecito professionale*» rientra qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa e che risulti in grado di mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico (Cons. Stato, sez. III, 04/03/2020, n. 1603).

- L'elencazione delle cause di esclusione dalla gara di cui all'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016, ha carattere esemplificativo nei riguardi della stazione appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente; infatti, 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 ed esaustiva, 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 extragiuridici (Cons. Stato, sez. III, 11/06/2019, n. 3908).

- La valutazione circa la sussistenza dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 05/03/2019, n. 1527).

- L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che la stazione appaltante possa disporre l'esclusione dalla gara di un concorrente ove la stessa “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”. In pratica, lungi dal prevedere delle specifiche (e tipizzate) ipotesi di esclusione, al cui verificarsi il legislatore faccia conseguire l'obbligo per la stazione appaltante di disporre l'esclusione dalla gara, la norma eccezionalmente consente – in deroga al generale principio della tipicità delle cause di esclusione – all'Amministrazione di disporre comunque l'esclusione per fatti non tipizzati a priori, a condizione però che la stessa dimostri, alla luce di tali circostanze, che l'operatore economico si era reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità (*ex multis*, Cons. Stato, V, 16 novembre 2018, n.

6461). Dunque, fuori dall'ipotesi di cause esclusive tipiche, che vincolano *in primis* la stazione appaltante nelle proprie decisioni, la gravità di inadempienze non automaticamente escludenti è rimessa alla valutazione discrezionale di quest'ultima, al più sindacabile entro i limiti della abnormità o della manifesta irragionevolezza [sul tema si veda Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312, che in relazione all'omologa norma del previgente codice dei contratti pubblici – art. 38, comma 1, lett. f), del decreto legislativo n. 163 del 2006 – ha affermato che è rimessa alla stazione appaltante «*la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*»]. (Cons. Stato, sez. V, 03/01/2019, n.72).

- La previsione dell'art. 80, comma 5 lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale (Cons. Stato, sez. V, 29/10/2020, n. 6615).

- In sede di gara pubblica non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati (Cons. Stato, sez. V, 01/07/2020, n. 4240).

I principi giurisprudenziali appena richiamati danno indiscusso fondamento alle premesse del provvedimento di esclusione del 13.08.2021, ovvero che:

«*i. la fattispecie dell'illecito professionale è da considerarsi quale fattispecie aperta, potenzialmente comprensiva, oltre che delle situazioni elencate nell' art. 80 e nella linea guida 6 dell'ANAC, di tutte le situazioni potenzialmente idonee a compromettere la fiducia della stazione appaltante nell'affidabilità dell'operatore economico - intesa non solo come capacità tecnico-professionale di eseguire il servizio, ma anche come fondamentale requisito di integrità morale;*  
*ii. in tale prospettiva, ne consegue che la stazione appaltante può trarre elementi di valutazione dalla condotta dell'operatore economico nell'ambito dei vari affidamenti già espletati nel settore dei servizi di trasporto in Alto Adige e non solo dalla specifica gara;*  
*iii. la valutazione dell'illecito professionale è ampiamente discrezionale (cd. discrezionalità tecnica), non sindacabile nel merito ma solo sotto il profilo dell'adeguatezza, della razionalità e della sufficienza motivazionale».*

La disposizione in esame attiene al contegno che il cittadino deve tenere. L'imprenditore che desidera contrattare con la Pubblica Amministrazione deve osservare uno standard di correttezza, di

affidabilità adeguata alla natura del rapporto di durata che si instaura con la conclusione del contratto. Nel caso che ci occupa è sufficiente la sanzione irrogata dall'AGCM ad incrinare il rapporto di fiducia (come si è visto non rileva che sia ancora pendente l'appello sulla pronuncia del Tar per il Lazio che ha ritenuto legittima la sanzione).

Ma a tale sanzione si aggiunge una serie molto ampia di episodi. La mera lettura dell'elenco (prima richiamato) fa capire che tra le parti il rapporto è ormai logoro per non dire esasperato ( dando luogo a difficoltà nei contatti personali con episodi di intemperanza ). Questo non significa che l'appellante non abbia il diritto di agire in giudizio in tanti processi quante sono le volte in cui si senta lesa in una sua situazione soggettiva giuridicamente protetta. Tuttavia l'art. 80 impone all'Amministrazione di guardare al contegno del possibile futuro contraente nel suo complesso: non è nell'interesse pubblico ammettere ad una gara un soggetto con la consapevolezza che con tutta probabilità più che creare le condizioni per ottenere l'adempimento delle prestazioni dedotte in contratto si pongono le basi per dar vita ad un nuovo capitolo dell'ormai già lungo elenco di dissapori (con la conseguenza di frustrare in partenza il raggiungimento degli obiettivi divisati dalla stipula del contratto). In sostanza una consistente mole di contenziosi gestiti pendenti può essere discrezionalmente valutata dall'Amministrazione non come di per sé ostativa ma le quante volte essa denoti l'esistenza di una insorta ostilità della parte privata ( nella specie non si nega che il CEO di SAD si sia eretto a severo censore dell'Amministrazione ed abbia tenuto condotte non consone che la stessa SAD dichiara non a sé ascrivibili ).

L'appellante ripropone con dettagliata precisione tutte le ragioni per le quali in tutte le situazioni poste a base dell'atto impugnato per attestare l'illecito professionale (dalla sanzione dell'Autorità antitrust al rifiuto di collaborazione in vista della scadenza della concessione per la Funivia Bolzano-Soprabolzano e Tramvia del Renon; dall'intimidazione dei funzionari alle intese collusive e così via) la SAD avrebbe ragione e la Provincia di Bolzano avrebbe torto.

Ma compito di questo Collegio non è stabilire se SAD abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende (se così facesse questo Collegio si sostituirebbe ai giudici investiti delle singole controversie. Ad esempio: stabilire se la sanzione AGCM è legittima o no significherebbe sostituirsi al Collegio che sarà chiamato a decidere se confermare o meno la sentenza del Tar per il Lazio che ha sancito la legittimità di tale sanzione).

Compito di questo Collegio è valutare se l'insieme del contegno tenuto da SAD sia riconducibile alla nozione di «grave illecito professionale» la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

Nella specie con appagante motivazione l'atto impugnato, ispirandosi a canoni di proporzionalità e di adeguatezza, spiega perché il complessivo comportamento tenuto da SAD non consente alla

Provincia di Bolzano (nello specifico contesto) di considerare la stessa SAD – nello stato di cose presenti - un operatore economico affidabile.

Del pari appagante è la motivazione sul punto della sentenza impugnata che deve intendersi qui richiamata.

12 Il quarto motivo di appello è rubricato: Sull'illegittimità/nullità derivata degli atti conseguenti: Comunicazione all'ANAC per l'iscrizione nel Casellario; Diffida a versare all'ACP Euro 56.250,40; Det. 29.12.21 di esclusione dai lotti 1, 2 e 3.

L'appellante sostiene che ove fossero stati accolti i precedenti motivi di appello ne sarebbe discesa la nullità/illegittimità della sentenza anche nella parte in cui non riconosce l'illegittimità derivata degli atti conseguenti alla Det. 13.8.21.

Essendo stati dichiarati infondati i precedenti motivi di appello non può avverarsi la conseguenza invocata dall'appellante.

13. Il quinto motivo di appello è rubricato: Violazione dell'art 27, comma 3, l.p. 16/15.

L'appellante sostiene che:

- con il V motivo del I° ricorso per motivi aggiunti SAD aveva censurato anche in via autonoma la diffida a versare all'ACP l'importo di Euro 56.250,40, quale recupero dell'1% del valore a base di gara ai sensi dell'art 27, comma 3, l.p. 16/15, che prescrive tale versamento in caso di mancata comprova del possesso dei requisiti;

- in particolare era stato dedotto che, avendo il RUP giustificato la propria decisione sulla base di "fatti sopravvenuti" all'ammissione e alla sua conferma da parte dell'ACP, e, dunque, alla presentazione dell'offerta di cui la cauzione mira a garantire la validità -offerta che, all'epoca in cui è stata presentata, come espressamente ritenuto dalla SA, era valida- l'importo non era dovuto;

- si sosteneva che ogni diversa lettura del sistema sarebbe stata all'evidenza irragionevole e ingiustamente lesiva del diritto d'impresa garantito dagli artt 41 Cost. e 16 Carta di Nizza;

- il Trga ha ingiustamente respinto questa censura, osservando che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto, dopo l'aggiudicazione, dovuta alla mancanza del possesso dei requisiti generali da parte di SAD" come "forma di risarcimento, già pre-qualificato, equivalente alla cauzione provvisoria", costituente "conseguenza automatica del provvedimento di esclusione".

La SAD insiste sulla insostenibilità di tale interpretazione alla luce del chiaro disposto dell'art 27, comma 3, cit. e delle surrichiamate disposizioni costituzionali ed eurounitarie.

Il motivo è infondato.

L'articolo 27, comma 3, della legge provinciale 16/2015 recita:

*«In caso di mancata comprova del possesso dei requisiti di partecipazione, la stazione appaltante revoca il provvedimento di aggiudicazione, esclude il concorrente, escute la garanzia provvisoria,*

*ove richiesta, segnala il fatto alle autorità competenti e scorre la graduatoria. Qualora l'operatore economico escluso sia esonerato dall'obbligo di prestare la garanzia provvisoria, deve pagare un importo pari all'uno per cento del valore a base di gara. Nei diversi casi di riduzione dell'importo della garanzia provvisoria, oltre all'escussione della garanzia è dovuto un importo pari alla differenza tra l'uno per cento del valore a base di gara e la garanzia provvisoria».*

Il collegio richiama quanto statuito dalla Sezione nella sentenza n. 1153/2022 (peraltro relativa alla esclusione della società Tundo dalla gara in discussione).

La condotta della stazione appaltante censurata dall'appellante è conforme tanto alla disciplina normativa provinciale (l.p. 16/2015) quanto alla *lex specialis* che, in presenza del negativo esperimento della verifica circa il possesso dei requisiti, impongono, una volta determinata l'esclusione dell'aggiudicataria, l'escussione della cauzione da parte della stazione appaltante senza possibilità di alcun apprezzamento discrezionale. La giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che *«l'escussione della cauzione provvisoria non concreta una sanzione in senso tecnico che colpisca il concorrente per il comportamento tenuto, ma rappresenta una obiettiva garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresa la dimostrazione del possesso, originario e continuato, dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2018, n. 2896). Per l'effetto, l'incameramento è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non suscettibile di valutazioni discrezionali da parte dell'Amministrazione in relazione ai singoli casi concreti: in particolare, è insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589; Id., sez. V, 24 giugno 2019 n. 4328; Id., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424; Id., ad. plen. 29 febbraio 2016, n. 5; Id., sez. V, 13 giugno 2016, n. 2531)»* (Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2264). L'art. 93, comma 6, del Codice dispone che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario»*. Nel caso di specie, la mancata sottoscrizione del contratto deriva dall'esclusione dell'appellante determinata, dalla non comprovata la serietà, affidabilità e integrità del fornitore.

La sentenza di primo grado si pone nel solco dell'insegnamento offerta dalla appena richiamata sentenza della Sezione n. 1153/2022. Essa merita, pertanto, conferma.

14. Il sesto motivo di appello è rubricato: Manifesta ingiustizia per non aver rilevato l'illegittimità autonoma della Det. 29.12.21 per: avere integralmente rinviato *per relationem* alla valutazione effettuata ai fini della esclusione dal lotto 4. Difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per sviamento. Omessa pronuncia.

L'appellante sostiene che:

- con il motivo C del II ricorso per motivi aggiunti SAD aveva dedotto il vizio soprariportato in quanto il Dirigente, con la Det. 29.12.21 e nella medesima sua qualità (nonostante SAD (i) avesse dimostrato di continuare a svolgere proficuamente il servizio TPL e (ii) avesse, con le sopra dedotte censure, rappresentato la grave ingiustizia della valutazione effettuata per l'esclusione dal lotto 4, oltre alla incompetenza dello stesso RUP ad adottare siffatti provvedimenti) non aveva fatto il benché minimo accenno a tali circostanze, limitandosi a rinviare integralmente a tale illegittima valutazione;

- che tale *modus operandi* confermava il pre-giudizio (della P.A., ovvero della sua dirigenza apicale) nei confronti di SAD e - nel rafforzare la gravità dei vizi denunciati con il ricorso avverso la Det. 13.8.21, "integralmente" reiterati dalla Det. del 29.12.21 - viziava in via autonoma quest'ultimo provvedimento sotto gli ulteriori profili di inadeguatezza dell'istruttoria e della motivazione.

L'appellante censura la sentenza del Trga che ha dichiarato inammissibile il motivo per asserita "genericità, in quanto non è specificato in che termini l'invocata inadeguatezza dell'istruttoria e della motivazione si sostanzierebbe". A fronte di una motivazione provvedimento tanto gravemente generica, la censura non poteva che esaltare una tale straordinaria genericità e la sentenza, confondendo la causa con l'effetto ha taciuto di genericità la censura piuttosto che il provvedimento in sé carente.

Il motivo è infondato.

Nel giudizio amministrativo non basta dedurre genericamente un vizio, ma bisogna precisare il profilo sotto il quale il vizio viene dedotto e, ancora, indicare tutte quelle circostanze dalle quali possa desumersi che il vizio denunciato effettivamente sussiste, pena l'inammissibilità per genericità della censura proposta (Cons. Stato, sez. III, 04/09/2020, n. 5356).

Nella specie correttamente il Trga ha rilevato la genericità della censura (che altrettanto genericamente viene riproposta in questa sede).

In ogni caso l'operato dell'Amministrazione si è manifestato in modo del tutto coerente: alla prima esclusione dal lotto 4, per le medesime ragioni individuate nel primo provvedimento richiamato *per relationem* in modo del tutto legittimo, è seguita la seconda esclusione.

15. Il settimo motivo di appello è rubricato: Difetto assoluto di motivazione. Omessa pronuncia.

Violazione degli artt. 111 Cost, 1, 2 e 3 c.p.a.

L'appellante censura l'impugnata sentenza nella parte in cui:

- deduce dalla asserita, ma insussistente e immotivata “palese infondatezza dei motivi di ricorso” l’assenza dei presupposti per rimettere alla CGUE e alla Corte costituzionale le questioni pregiudiziali di illegittimità costituzionale e di incompatibilità eurounitaria sollevate da SAD;
- dichiara “assorbite” tutte le ulteriori deduzioni ed eccezioni “non espressamente esaminate”, con la generica e inaccettabile formula che “il Collegio le ha ritenute irrilevanti ai fini della decisione o comunque in idonee a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta”.

L’appellante sostiene che:

- il Trga avrebbe eluso l’obbligo motivazionale;
- con riferimento alle questioni pregiudiziali i dubbi sollevati sono di palese rilevanza al fine di dimostrare i vizi denunciati.

L’appellante ripropone la questione avendo chiesto l’accoglimento del ricorso e delle domande ivi formulate, anche, laddove occorrer possa, previa rimessione alla Corte costituzionale e/o alla Corte di giustizia dell’Unione europea, della questione di compatibilità costituzionale e/o euro-unitaria (artt. 3, 24, 41, 42, 97, 111, 113 e 117, c 2, lett l, Cost., 6 CEDU, 16, 41 e 46 Carta di Nizza, 2 ss. Dir 2007/66/CE):

- dell’art 80, c 5, lett c, d.lgs. 50/16, laddove interpretabile nel senso di poter qualificare come grave illecito professionale, idoneo a ledere l’affidabilità e l’integrità di un operatore economico, la contestazione in giudizio degli atti e provvedimenti dell’Amministrazione committente negativamente incidenti sui propri diritti e interessi;
- dell’art 17-bis l.p. 15/2015 laddove interpretabile nel senso di consentire all’Amministrazione di intervenire con chiaro effetto retroattivo sul regime della proprietà dei beni cosiddetti strumentali e/o suscettibile di interferire col giudizio già pendente innanzi al Tribunale civile di Bolzano RG 1204/2020 (III motivo di ricorso), e
- dell’art 27, l.p. 16/15, laddove interpretabile nel senso di consentire all’Amministrazione di pretendere il versamento della cauzione a garanzia dell’offerta anche in caso di esclusione per fatti sopravvenuti alla sua presentazione.

Il motivo è infondato e la richiesta non può essere accolta.

Correttamente il primo giudice ha rilevato la genericità della richiesta. L’appellante non evidenzia con sufficiente precisione: (i) il contenuto delle questioni da sollevare e (ii) perché sollevare le questioni dalla stessa indicate sarebbe rilevante per dirimere la presente controversia.

In ogni caso la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha elencato più volte le ipotesi nelle quali un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno è esonerato dall’obbligo di rivolgersi alla Corte ai sensi dell’articolo 267, terzo comma, TFUE. Ad esempio nella sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management*, C- 561/19 la

Corte ha affermato quanto segue (punti 32 e 33): *«Inoltre, si deve rammentare che, qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione (sentenza del 15 marzo 2017, Aquino, C-3/16, EU:C:2017:209, punto 42 e giurisprudenza ivi citata). Secondo una giurisprudenza costante della Corte, un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, può essere esonerato da tale obbligo solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi [v., in tal senso, sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 21; del 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C-495/03, EU:C:2005:552, punto 33, nonché del 4 ottobre 2018, Commissione/Francia (Anticipo d'imposta), C-416/17, EU:C:2018:811, punto 110]».*

Nella specie la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi in punto di fatto perché sarebbe sufficiente la sanzione Antitrust a giustificare la misura, rendendo così irrilevanti i quesiti proposti.

Poi comunque venendo all'esame dei predetti quesiti essi si palesano irrilevanti perché a venire in giuoco non sono le mere contestazioni giudiziali – essendo quindi fuori discussione che le mere contestazioni non possano integrare un grave illecito professionale - essendosi fatto riferimento nel provvedimento ad un clima di ostilità o di ostruzionismo individuato in relazione a condotte extraprocessuali tenute dal Ceo di SAD ( incontestate ) che per la loro asprezza e continuità anche per interventi sistematicamente censori sulla stampa sono state valutate come incidenti sulla fiducia necessaria per lo svolgimento del rapporto contrattuale unitamente all'assenza delle misure di self cleaning o di rasserenamento.

Sul piano giuridico il quesito sull'art. 17 bis della legge provinciale n. 15 del 2015 non è formulato con riferimento a norme comunitarie e si appalesa superabile alla luce della connotazione del grave illecito professionale come fattispecie aperta.

Il diritto dell'Unione respinge qualsiasi automatismo in materia di decisione di esclusione facoltativa per grave illecito professionale, atteso che una simile decisione deve necessariamente tenere conto del principio di proporzionalità che spetta al giudice nazionale verificare in concreto.

Basti all'uopo richiamare l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione in tema di cause di esclusione da Corte U.E., Sez.. IV – sentenza 19 giugno 2019 (causa C-41/18 , discrezionalità scevra da ogni automatismo nel valutare fatti in presenza di contenziosi pendenti ).

Quanto alle questioni di costituzionalità appaiono manifestamente infondate per quanto prima detto in concreto sulle motivazioni dell'esclusione.

Mancano pertanto i presupposti per accogliere la richiesta di parte appellante.

16. Per le ragioni esposte l'appello deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3.500,00, oltre oneri di legge se dovuti, in favore di ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

Ulrike Lobis, Consigliere