

Pubblicato il 09/02/2023

N. 00342/2023 REG.PROV.COLL.

N. 02206/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2206 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Fabbro Food S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, piazzetta U. Giordano, n. 4;

contro

Comune di Vanzago, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Brunello De Rosa, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gemeaz Elior S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;
Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento

1) quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione della Fabbro Food S.p.a. dalla procedura di affidamento dell'appalto a ridotto impatto ambientale del servizio di ristorazione scolastica e altri utenti del Comune di Vanzago del 22 ottobre 2020, comunicato in pari data, allegato al verbale della seconda seduta pubblica nel quale è stata registrata la mancata ammissione della Fabbro Food S.p.a.;

- della nota del 10 novembre 2020, con la quale il Comune resistente ha rigettato l'istanza di annullamento in autotutela avanzata dalla Fabbro Food, confermando l'estromissione dalla procedura di gara;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresa, in via derivata, l'aggiudicazione, se nelle more disposta, e conseguente inefficacia del contratto ove sottoscritto

nonché per la condanna dell'amministrazione a riammettere in gara la ricorrente e per il risarcimento dei danni

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 12 febbraio 2021:

- della nota del RUP del 30 dicembre 2020, comunicata in pari data, con la quale il Comune resistente – all'esito di una nuova valutazione – ha confermato l'esclusione dalla gara della Fabbro Food S.p.a.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

nonché per la condanna dell'amministrazione a riammettere in gara la ricorrente

e per il risarcimento dei danni;

3) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 12 maggio 2022:

- della Determinazione Dirigenziale n. 149 del 12 maggio 2021, con cui il Responsabile del Settore Servizi alla Persona della Città di Vanzago ha aggiudicato la gara per l'affidamento dell'appalto a ridotto impatto ambientale del servizio di ristorazione scolastica e altri utenti al concorrente Gemeaz Elixir S.p.a.,

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali ove adottati e per l'inefficacia del contratto, ove stipulato,

nonché per la condanna dell'amministrazione a riammettere in gara la ricorrente e per il risarcimento dei danni.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Vanzago;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2022 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato il 30 marzo 2020 il Comune di Vanzago ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica e altri utenti, di durata quadriennale e del valore di € 2.249.250,80.

Alla procedura ha preso parte, tra gli altri, la ricorrente.

A seguito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, nella seduta del 22 ottobre 2020, il RUP ha deciso di non ammettere la ricorrente alla gara in quanto ha ritenuto *“insussistenti i requisiti di affidabilità del concorrente e integrata l'ipotesi di non ammissione prevista dall'art. 80 – comma 5 – lettera c del D.lgs. 50/2016”*.

Il 3 novembre 2020 la ricorrente ha chiesto alla Stazione appaltante di annullare in autotutela la disposta esclusione; l'istanza è stata però rigettata dal Comune di Vanzago con nota del 10 novembre 2020.

La ricorrente ha impugnato l'esclusione e il diniego di autotutela con il ricorso introduttivo del presente giudizio.

Successivamente in data 10 dicembre 2020 il Comune di Vanzago ha chiesto alla ricorrente di fornire controdeduzioni in merito alle contestazioni mosse al fine di valutare la conferma o l'annullamento dell'esclusione.

La Fabbro Food S.p.a., in data 18 dicembre 2020, ha fornito le proprie controdeduzioni, ma all'esito della valutazione, il Comune di Vanzago ha confermato l'esclusione con nota del RUP del 30 dicembre 2020.

Tale atto è stato impugnato con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 12 febbraio 2021.

Si è costituito in giudizio il Comune di Vanzago, resistendo al ricorso di cui ha contestato la fondatezza con separata memoria.

All'udienza pubblica del 23 febbraio 2022, dopo il passaggio in decisione della causa, il Collegio ha rilevato la sussistenza di dubbi in ordine alla procedibilità del giudizio, in quanto, come riferito dall'avvocato del Comune, sembrava essere intervenuta l'aggiudicazione, tuttavia non gravata dalla ricorrente. Quindi con ordinanza n. 1396 del 16 giugno 2022, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., ha assegnato termine alle parti per presentare memorie vertenti su quest'unica questione, ordinando altresì al Comune resistente di depositare in giudizio il provvedimento di aggiudicazione e la relativa comunicazione al ricorrente.

Con memoria dell'11 maggio 2022 il Comune ha dato atto di aver depositato il provvedimento di aggiudicazione (determinazione n. 149 del 12 maggio 2021) e ha dichiarato, rinviando alla documentazione prodotta, di avere dato ampia pubblicità all'aggiudicazione medesima, tuttavia non fornendo la prova dell'avvenuta comunicazione alla ricorrente.

Con memoria depositata il 12 maggio 2022 la ricorrente ha opposto che il Comune non aveva provveduto a depositare la comunicazione di aggiudicazione *ex art. 76, comma 5, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016*, a conferma del fatto che essa non sarebbe mai stata inviata alla ricorrente medesima; ha quindi replicato che nessuna causa di improcedibilità si sarebbe determinata, non avendo la ricorrente avuto formale notizia dell'avvenuta aggiudicazione prima del deposito in giudizio del relativo provvedimento, avvenuto solo il 10 maggio 2022.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 12 maggio 2022 la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione deducendo l'invalidità in via derivata.

Con ordinanza n. 1396 del 16 giugno 2022 il Tribunale ha disposto la reinscrizione al ruolo della causa per la proposizione del ricorso per motivi aggiunti, per consentire la tutela del diritto di difesa di tutte le parti.

In vista dell'udienza pubblica, fissata per il 1° dicembre 2022, le parti hanno depositato scritti difensivi insistendo nelle rispettive conclusioni.

Indi la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione.

La controversia all'esame si è dispiegata in un'articolata vicenda processuale.

Il giudizio infatti si compone del ricorso introduttivo e di due ricorsi per motivi aggiunti.

Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara per l'appalto a ridotto impatto ambientale del servizio di ristorazione scolastica e altri utenti indetta dal Comune di Vanzago nonché il rigetto dell'istanza di autotutela.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la conferma dell'esclusione, di cui alla nota del RUP del 30 dicembre 2020, a seguito dell'esame delle controdeduzioni chieste dalla stazione appaltante alla società.

Infine, con il secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, affetto, a suo dire, da invalidità derivata.

Il Collegio ritiene di prescindere dalle questioni relative alla tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, stante, da un lato, l'infondatezza nel merito del gravame, dall'altro la non completamente esaustiva documentazione prodotta dal Comune, con particolare riferimento alla comunicazione dell'aggiudicazione. A fronte della non certa dimostrazione dell'avvenuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, una pronuncia sul merito della controversia è doverosa, nel rispetto dei principi del giusto processo e della piena definizione del giudizio nel merito.

Il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti – diretti contro i provvedimenti di esclusione dalla gara - sono affidati ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

a) ricorso introduttivo:

I) Violazione art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio del contraddittorio. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per omessa istruttoria: il Comune avrebbe escluso la ricorrente dalla procedura sulla base delle pregresse vicende professionali dichiarate nel DGUE, omettendo qualsiasi richiesta di chiarimenti al concorrente e impedendo a quest'ultimo di rappresentare alcunché in sua difesa, così incorrendo nell'illegittimo automatismo vietato dall'art. 80, comma 5 d.lgs. 50/2016 e dalle Linee Guida ANAC n. 6 in tema di illecito professionale;

II) Violazione art. 80, commi 5, 7 e 8 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per omessa istruttoria e difetto di motivazione: il Comune avrebbe fornito una motivazione

dell'esclusione soltanto apparente, in assenza di qualsivoglia reale e autonoma analisi circa le vicende professionali dichiarate e sulla base di una sola asserita gravità delle stesse, così incorrendo nella violazione della doverosa motivazione che deve sorreggere il provvedimento di esclusione disposta in presenza di un illecito professionale dell'operatore economico;

III) Violazione dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per omessa istruttoria e difetto di motivazione. Violazione del principio del *favor participationis*: il Comune avrebbe escluso la ricorrente anche sulla base di asseriti illeciti professionali dichiarati dalla società All Food S.p.a., ausiliaria della Fabbro Food S.p.a., così incorrendo nella violazione dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, che preclude l'esclusione dell'operatore economico concorrente, ma consente la sostituzione dell'ausiliaria (come chiesto dalla Fabbro Food in occasione del richiesto intervento in autotutela);

IV) Violazione art. 80, commi 4 e 5 d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, omessa istruttoria e difetto di motivazione: il Comune avrebbe escluso la ricorrente sulla base di vicende professionali non idonee a incidere sulla (in)affidabilità professionale della concorrente. In particolare, esse afferiscono a: i) penali contrattuali riferite ad inadempimenti minori connessi a fisiologiche inesattezze in fase esecutiva e, in ogni caso, *sub iudice*; ii) irregolarità contributive oggetto di rateizzazione o di impegno a pagare formalizzati in data antecedente la presentazione dell'offerta, ovvero non definitivamente accertate e, in ogni caso, di importo irrisorio; iii) una pregressa risoluzione contrattuale cagionata da altro componente del RTI di cui la Fabbro Food faceva parte (circostanza riconosciuta anche dalla stessa stazione appaltante che ha risolto il contratto):

b) primo ricorso per motivi aggiunti:

V) Violazione art. 80, commi 5, 7 e 8 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per omessa istruttoria e difetto di motivazione. Abuso di diritto: al pari dell'esclusione, la successiva conferma sarebbe illegittima per carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Ai sensi dell'art. 80 del codice dei contratti l'esclusione di un concorrente per ritenuti "gravi illeciti professionali" dovrebbe essere accompagnata da una completa ed adeguata istruttoria, un compiuto contraddittorio e una congrua motivazione. Il RUP si sarebbe sottratto ad una valutazione delle singole fattispecie dichiarate limitandosi, invero, a prendere atto di quanto occorso alla Fabbro e dichiarato da quest'ultima. La Stazione appaltante avrebbe affermato che "*Non è percorribile la valutazione di ogni contestazione comminata alla vostra azienda dall'Arma dei Carabinieri*" (nota del RUP del 30 dicembre 2020), non avrebbe effettuato alcuna valutazione nel merito degli atti di citazione con cui la Fabbro ha contestato in giudizio le penali da essa ricevute e allegati alle controdeduzioni e non avrebbe valutato che il procedimento davanti ad ANAC per le stesse violazioni sarebbe stato archiviato. Il RUP non avrebbe fornito alcuna motivazione in ordine alla gravità e all'idoneità dei fatti dichiarati e sulla loro incidenza a minare l'affidabilità e l'integrità della ricorrente e, quindi, in concreto il rapporto fiduciario ma avrebbe espresso un personale giudizio sulla conduzione aziendale e sulle scelte commerciali della Fabbro Food S.p.a.;

VI) Violazione art. 80, commi 4 e 5 d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, omessa istruttoria e difetto di motivazione: le pregresse vicende contrattuali dichiarate in gara dalla Fabbro sarebbero prive di rilevanza e gravità ai fini della sussistenza dell'illecito professionale. Il RUP, dando atto di essere a conoscenza della norma che

consente di sostituire l'ausiliaria, ha concluso evidenziando che la circostanza che la Fabbro abbia scelto quale ausiliaria una società che ha posto in essere gravi illeciti professionali "concorre ancora una volta ad avvalorare il dubbio sull'affidabilità del concorrente e a menomare la fiducia nella buona esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto". In realtà, ai sensi dell'art. 89 comma 3 del codice dei contratti, avrebbe dovuto ordinare alla ricorrente di sostituire l'ausiliaria.

Il primo mezzo di gravame deve essere dichiarato improcedibile, stante l'avvenuta richiesta di controdeduzioni da parte della stazione appaltante, che pertanto ha - evidentemente - consentito il contraddittorio con l'operatore, all'esito del quale è stata confermata l'esclusione della ricorrente, che ha impugnato tale nuovo provvedimento con ricorso per motivi aggiunti.

Gli altri mezzi di gravame, che possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

Nel dettaglio, come si rappresenta nel provvedimento di esclusione, le vicende professionali che hanno indotto la Stazione appaltante a ritenere insussistente il requisito di affidabilità del concorrente attengono:

-) a pregresse vicende professionali dell'ausiliaria All Food S.p.a., ed in particolare:

"1) a reati che riguardano il "core" stesso dell'appalto (somministrazione di cibi in cattivo stato di conservazione, grammature inferiori, commercio di sostanze alimentari nocive, prodotti non conformi al capitolato)....;

2) irregolarità nella partecipazione a gare pubbliche (frode nelle pubbliche amministrazioni, false attestazioni nelle domande di partecipazione a gara d'appalto, turbativa d'asta).... ;

3) irregolarità tributarie...;

4) risoluzione anticipata di contratto" disposta dall'Istituto Romano di San Michele;

per ciascuna delle predette voci il RUP ha indicato analiticamente i riferimenti dei procedimenti penali.

-) a pregresse vicende professionali della concorrente/ausiliata Fabbro Food S.p.a., ed in particolare:

"1) sanzioni per inadempienze contrattuali sostanziali riguardanti la gestione stessa del servizio (mancati approvvigionamenti, assenza di personale etc.)" in relazione a rapporti negoziali tutti in essere con il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri;

"2) irregolarità tributarie;

3) risoluzione anticipata di contratto" da parte dell'ATS Insubria.

Sulla base di tali elementi la stazione appaltante ha concluso come segue: *"L'analisi svolta in concreto da questo Ente appaltante sulle dichiarazioni rese da Fabbro Food spa e da All Food spa porta ad evidenziare necessariamente una pluralità di condotte professionali - tutte strettamente connesse alle attività "core" dell'appalto - di cui appare accertata la contrarietà a norme di legge oltre che la violazione di obblighi contrattuali e la cui ricorrenza e gravità appaiono tali da porre in dubbio l'affidabilità del concorrente e menomare la fiducia nella buona esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto. La Stazione Appaltante ha considerato attentamente anche le numerose inadempienze contrattuali relative a servizi di pari oggetto tra i quali ha ravvisato l'applicazione di numerose e ripetute penali e inadempimenti contrattuali di gravità tale da condurre alla*

risoluzione. Tali considerazioni (che valgono sia per il concorrente Fabbro Food spa che per l'operatore ausiliario All Food spa) lungi da ogni automatismo espulsivo, conducono la stazione appaltante a ritenere insussistenti i requisiti di affidabilità del concorrente e integrata l'ipotesi di non ammissione prevista dall'art. 80 – comma 5 – lettera c del D.Lgs. 50/2016 ricordato”.

Nel provvedimento di conferma dell'esclusione assunto in data 30 dicembre 2020 la stazione appaltante ha esposto le seguenti ragioni a sostegno della determinazione mantenuta.

Pur prendendo atto che, quanto alle penali applicate dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri in relazione ai contratti in essere con la società Fabbro Food, la stessa committente ha dichiarato di non ritenere l'inadempimento della stessa un grave illecito professionale e che il relativo procedimento davanti all'ANAC sia stato archiviato, ha tuttavia evidenziato che *“le contestazioni che hanno generato le penali forniscono un quadro della capacità tecnico-professionale e quindi dell'affidabilità professionale della ditta appaltatrice”* avuto particolare riguardo all'assenza del personale, ai disservizi delle pulizie, alle manutenzioni e agli approvvigionamenti, sottolineando che *“le contestazioni afferiscono a situazioni circostanziate e documentate rispetto a criticità rilevate nella conduzione di un servizio”*, mentre i contenuti delle singole controdeduzioni esposte dalla ricorrente in sede di contraddittorio procedimentale *“non appaiono... altrettanto puntuali e analitiche”*.

Quanto alle irregolarità contributive la stazione appaltante ha preso atto che la causa di esclusione non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai propri obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante ma ha parimenti rilevato che *“le irregolarità commesse da un'azienda che, stante le dimensioni e il fatturato dovrebbe avere un'organizzazione di gestione amministrativa efficiente e puntuale, avvalorano un giudizio negativo sul regolare adempimento degli obblighi contributivi e retributivi rispetto alla gestione delle risorse umane”*.

Quanto all'avvalimento con ALL FOOD spa il RUP ha ritenuto che *“il fatto che la vostra rispettabile ditta abbia scelto di avvalersi di una società ausiliaria... con un'evidente pluralità di condotte professionali – tutte strettamente connesse alle attività 'core' dell'appalto – di cui appare accertata la contrarietà a norme di legge oltre che la violazione di obblighi contrattuali, concorre ancora una volta ad avvalorare il dubbio sull'affidabilità del concorrente e a menomare la fiducia nella buona esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto”*. Il RUP ha anche rilevato che la stessa società ausiliaria aveva ommesso di dichiarare la risoluzione contrattuale riguardante la società ALL FOOD srl, dante causa alla ALL FOOD spa. Tale omissione aveva determinato la legittima esclusione, ai sensi dell'art. 80 comma 5 del D.lgs. 50/2016, dalla gara indetta dalla Regione Autonoma della Sardegna.

Sulla base delle valutazioni e dei rilievi sopra esposti la stazione appaltante ha confermato il provvedimento di esclusione dalla gara per la *“dubbia integrità e affidabilità professionale”* della ricorrente.

Il Collegio ritiene che le valutazioni della stazione appaltante e la determinazione cui la stessa è pervenuta non si prestano ad essere censurate sotto i profili dedotti.

Va premesso che il grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c, del D.lgs. n. 50/2016 costituisce un concetto giuridico indeterminato, sicché la norma rimette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'individuazione delle condotte idonee a minare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra le parti. L'amministrazione deve valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi che siano stati raccolti depongano per un illecito professionale tanto grave

da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore (Consiglio di Stato sez. III, 10 gennaio 2022, n.164).

Il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'Amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un rilevante margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa (Consiglio di Stato sez. V, 27 ottobre 2021, n.7223; idem 3 giugno 2021, n. 4248).

Tale interpretazione è conforme al diritto europeo, nella sua declinazione operata dalla Corte di Giustizia, secondo cui il potere della stazione appaltante non può essere limitato da preclusioni poste dal diritto nazionale, ma si deve basare sull'accertamento in concreto dei fatti, rimesso esclusivamente al vaglio della stazione appaltante medesima (cfr. sentenza della Corte di Giustizia UE del 19 giugno 2021, adottata a definizione della causa n. 41/2018: "*l'art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce*").

Nel caso di specie l'Amministrazione ha svolto un'approfondita attività valutativa, di cui ha dato conto nella diffusa motivazione che sostiene sia il provvedimento di esclusione sia la successiva conferma.

Va poi rilevato che l'*iter* valutativo che ha condotto il Comune di Vanzago ad escludere la ricorrente dalla gara è affidato ad una molteplicità di considerazioni, che attengono sia alla ricorrente, sia alla società ausiliaria.

D'altro canto a fronte di una pluralità, per così dire, di *deficit* nella storia professionale delle due società, numerosi anche di rilievo penale, tutti incentrati su rapporti contrattuali contemplanti le medesime prestazioni richieste dall'affidamento di cui alla gara in questione, appare impervio e non convincente il percorso argomentativo della ricorrente che si appunta su singoli aspetti di tale mole di fatti valutati dall'Amministrazione.

Il Collegio è infatti dell'avviso che le valutazioni e le relative motivazioni della stazione appaltante siano esaustive, non pretestuose e supportate da adeguati elementi concreti, che le rendono logicamente sostenibili.

Parimenti privo di pregio è l'argomento con cui la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici, che, al comma 3, prevede che la stazione appaltante possa imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Ma il riferimento a tale disposizione, nel caso di specie, non è utile, considerato che, come già rilevato, la valutazione che ha condotto la stazione appaltante a ritenere non affidabile l'operatore economico attiene non soltanto alla posizione dell'ausiliaria ma anche della ricorrente.

Va in proposito ricordato che la sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la procedura, ex art. 89, comma 3, D.lgs. n. 50/2016, è un istituto derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta), rispondente all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, di stimolare il ricorso all'avvalimento (T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 7 giugno 2022, n. 831).

E' evidente che se, come verificato e ritenuto dalla stazione appaltate nel caso di specie, vi siano concorrenti e autonomi motivi di esclusione anche in capo alla società avvalente non vi è alcuna ragione per ricorrere all'istituto di cui all'art. 89 comma 3 del Codice dei contratti.

Va aggiunto che, con specifico riferimento alla posizione della ricorrente, il RUP è entrato nel merito delle singole contestazioni che hanno portato il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri ad applicare penali numericamente rilevanti ed economicamente gravose.

Ciò rilevato, la valutazione del Comune non può che essere indipendente da quella esplicitata dal Comando Generale e invocata dalla ricorrente (di cui, peraltro, il RUP ha dato atto nel provvedimento di conferma dell'esclusione).

Come pure è irrilevante l'archiviazione del relativo procedimento da parte di ANAC (di cui ugualmente la stazione appaltante dà atto nella nota del 30 dicembre 2020).

Il sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità della p.a. non può essere condizionato da valutazioni dell'ANAC rese nell'ambito del procedimento di annotazione di una vicenda professionale nel Casellario informatico ai sensi dell'art. 213, comma 10, del D.lgs. 50/2016. Nel valutare se un fatto rientri o meno tra le c.d. notizie utili, l'Autorità non esprime una propria valutazione sulla rilevanza del fatto, ma verifica solo l'utilità dell'inserimento della notizia nel Casellario ai fini alle future valutazioni delle Stazioni Appaltanti, che tuttavia rimangono sempre libere di esaminare sia i fatti annotati nel Casellario, sia altre vicende professionali, come chiarito sia dal testo delle Linee Guida stesse (par. 4.2.), sia dalla consolidata giurisprudenza. La *ratio* dell'annotazione nel casellario informatico delle notizie utili ai sensi dell'art. 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici traspare, infatti, dalla stessa formulazione dell'enunciato normativo e consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccolga le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici (Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2021, n. 4299) il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell'ambito della singola procedura di gara (Cons. Stato sez. III 2 agosto 2021 n. 5659).

Alla luce di quanto sopra, il giudizio di non affidabilità e integrità dell'operatore economico, cui è pervenuto il Comune di Vanzago, si fonda su elementi concretamente valutati in base ad un'autonoma operazione di discernimento della stazione appaltante che fanno emergere, condivisibilmente, un quadro vacillante sotto il profilo dell'affidabilità della società.

In conclusione, per le ragioni che precedono, il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti (entrambi diretti contro le determinazioni di esclusione della ricorrente dalla gara) devono essere rigettati.

Parimenti da rigettare è il secondo ricorso per motivi aggiunti, diretto contro l'aggiudicazione, e con il quale sono stati dedotti vizi di invalidità derivata.

L'esito del gravame conduce alla reiezione anche della domanda risarcitoria, peraltro formulata in termini affatto generici. La legittimità, sotto i profili dedotti, dei provvedimenti impugnati, priva il paradigma dell'illecito aquiliano della necessaria antigiuridicità del fatto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, rigetta il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti.

Rigetta la domanda risarcitoria.

Condanna la ricorrente al pagamento, a favore del Comune di Vanzago, delle spese del presente giudizio che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO